



TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2020/2021

**La filiación de los niños nacidos de gestación por
sustitución**

The filiation of children born of surrogacy

AUTORA: Teresa Herrero Plágaro

DIRECTOR: Timoteo Ángel Vivanco Arratibel

RESUMEN

La gestación por sustitución es el acuerdo mediante el cual una mujer accede a gestar en su vientre un niño por encargo de terceras personas para que, al momento de producirse el parto, ésta se lo entregue a aquellos renunciando a cualquier derecho o deber que de ordinario le correspondiera. El avance en las técnicas de reproducción humana asistida ha permitido y propiciado, que por medio de la maternidad subrogada determinadas personas por razones de diversa índole puedan así obtener descendencia. Es una práctica muy controvertida respecto de la cual, no existe un posicionamiento claro por parte de los Estados miembros de la Unión Europea. España pese a ser uno de los países pioneros en regular las técnicas de reproducción humana asistida, se posiciona en contra de la gestación por subrogación.

Ciertamente esta práctica se encuentra rodeada de controversias de carácter moral y social, ello debido a que una gran mayoría de las mujeres gestantes no se encuentran en una situación favorable en sus países de origen y el carácter lucrativo de la mayor parte de estos acuerdos gestacionales no parecen apuntar más que a la comercialización del cuerpo de la gestante y del propio niño así concebido. Ahora bien, ciertas legislaciones de Estados miembros como es el caso de Portugal prevén la gestación por sustitución con condicionantes muy estrictos, precisamente para tratar de paliar estos aspectos negativos, previendo solamente la maternidad subrogada cuando sea gratuita y por razones tasadas.

La negativa a la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico ha propiciado graves conflictos en materia de reconocimiento de la filiación determinada por autoridades de terceros Estado. Ello supone un gran agravio para los nacionales españoles que, ignorando la legislación actual española, acudieron a países extranjeros para concebir un niño por estos medios. Si bien es necesario velar por el bienestar del menor y de los derechos de la gestante.

Ante la falta de un consenso claro por parte de los Estados miembros, resulta de especial relevancia las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto.

PALABRAS CLAVES

Gestación por sustitución, orden público nacional, protección del menor, gestante.

SUMMARY

Surrogacy is the agreement by which a woman agrees to carry a child in her belly at the request of third parties so that, at the time of delivery, the baby is delivered to those. The woman who gives birth renounce to any right or duty that ordinarily would correspond her. Advances in assisted human reproduction techniques have allowed that through surrogacy, certain people are able to have children this way. It is a highly controversial practice. Furthermore, there is no a clear position between the European countries. Spain, despite being one of the pioneer countries in regulating assisted human reproduction techniques, is positioned against surrogacy.

Certainly this practice is surrounded by moral and social controversies, due to the fact that most pregnant women are not in a favorable situation in their original countries and the lucrative nature of most of these gestational agreements. The female body is said to be at risk due to this practice. However, certain laws of Member States, such as Portugal, allow surrogacy but with very strict conditions, precisely trying to avoid these negative aspects, only allowing surrogacy when it is free and for assessed reasons.

The refusal to surrogate gestation in our legal system has turned into serious conflicts when surrogate parents want the recognition of parentage determined by a third country. On one hand, this is a great offense for Spanish nationals who, ignoring current Spanish legislation, went to foreign countries to conceive a child by surrogacy. On the other hand, it is necessary to protect the wellbeing of the child and the pregnant woman rights.

Since there is no agreement between European countries, it is important to know the judgments of the European Court of Human Rights.

KEYWORDS

Surrogate pregnancy, national public order, child protection, pregnant woman.

ÍNDICE

1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA	4
1.1 INTRODUCCIÓN.....	4
1.2 DERECHO SEXUAL Y REPRODUCTIVO.....	5
1.3 REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	7
1.4 INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.....	8
1.5 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUBRUGACIÓN.....	10
1.5.1 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 (STS 247/2014).....	10
1.5.2 Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 335, de 2 de febrero de 2015	16
1.6 JURISDICCIÓN SOCIAL Y PRESTACIONES POR MATERNIDAD	20
2. EL TURISMO REPRODUCTIVO.....	26
3. SENTENCIAS DEL TEDH EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	29
3.1 STEDH DE 26 DE JUNIO DE 2014 (MENNESSON CONTRA FRANCIA Y, LABASSEE CONTRA FRANCIA).....	29
3.2 STEDH DE 21 DE JULIO DE 2016 (CASO FOULON Y BOUVET CONTRA FRANCIA).....	33
3.3 STEDH DE 19 DE ENERO DE 2017 (LABORIE CONTRA FRANCIA).....	35
3.4 STEDH 24 DE ENERO DE 2017 (CASO PARADISO AND CAMPANELLI CONTRA ITALIA).....	37
2.5 STEDH DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2019 (CASO PETITHORY LANZMANN CONTRA FRANCIA).....	44
4. DERECHO COMPARADO	47
4.1 REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EUROPA.....	48
4.1.1 La gestación subrogada en Italia	49
4.1.2 La gestación subrogada en Francia	50
4.1.3 Gestación subrogada en Portugal	52
CONCLUSIONES.....	54
BIBLIOGRAFÍA.....	55

1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

1.1 INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada o maternidad por subrogación es el término previsto para describir la práctica por la cual una mujer acepta gestar en su vientre una criatura por encargo de una tercera persona o pareja (denominados comitente o comitentes), con el compromiso de que, una vez se produzca el parto del recién nacido, la madre gestante se lo entregue a aquéllos renunciando a la filiación que se pudiera determinar sobre el niño.

Dicha práctica tiene lugar mediante el empleo de técnicas de reproducción humana asistida tradicionales (fecundación in vitro o inseminación artificial), caracterizando dicho procedimiento el hecho de que la voluntad de ser madre queda disgregada de la llevanza de la gestación. La madre gestante no es la madre de intención, es decir, no es quien posee la voluntad de tener el hijo.

Las técnicas de reproducción humana asistida tradicionales permiten la posibilidad de que la gestante quede embarazada por medio de Inseminación Artificial. La mujer gestante aporta su propio material reproductor, que será fecundado, a su vez, con los gametos del varón comitente, o con los de un donante anónimo. Se trata de “subrogación tradicional” o de “maternidad subrogada parcial”, por cuanto la gestante es al mismo tiempo la madre genética del niño.

O bien, que a la gestante se le transfiera un embrión concebido mediante Fecundación In Vitro. Dicho procedimiento se ha podido llevar a cabo con gametos de la pareja comitente, o con gametos aportados, total o parcialmente, por terceras personas donantes. Se trata de “subrogación gestacional” en sentido estricto, o de “maternidad subrogada plena o total”, al limitarse la gestante a su función gestacional sin que se produzca la aportación de material reproductor propio. Puede producirse incluso que la mujer comitente no aporte su propio material reproductor, de tal modo que la condición de madre quede desdoblada en tres planos distintos (la madre comitente sería la madre intencional; por otro lado, estaría la madre gestante y; finalmente, la madre genética sería la persona que aportó el material genético).

La mujer portadora puede actuar por altruismo o bien cobrar una compensación económica por el servicio prestado. Se esgrimen una serie de dilemas éticos y morales alrededor de esta cuestión; el principal problema se produce cuando la madre gestante accede a prestar dicho servicio a cambio de contraprestación económica, ante la posibilidad de que se produzca la instrumentalización del cuerpo de la mujer.

Es necesario plantear la cuestión de si el derecho a formar una familia debe llegar al punto de permitir o impulsar variantes de técnicas de reproducción humana asistida en las que se rompa por completo la tradicional correspondencia entre hecho obstétrico y filiación materna. Y, además, si así fuera, como abarcar los diferentes dilemas éticos y morales que rodean a la gestación por subrogación¹.

1.2 DERECHO SEXUAL Y REPRODUCTIVO

El ordenamiento jurídico español reconoce y protege el derecho a ser madre en el art. 39.2 de la Constitución Española. Existen disposiciones jurídicas que protegen determinados aspectos de la maternidad y de la paternidad, ya sea en su formulación positiva o negativa en la medida en que se considera de interés general su regulación. Encontramos ejemplos en la legislación laboral al otorgarse permisos de maternidad y paternidad; en la regulación sobre interrupción voluntaria del embarazo; en la regulación sobre técnicas de reproducción humana asistida, etc².

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo en su preámbulo II *“reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan*

¹ SÁNCHEZ ARISTI, R. (2010, abril). LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DILEMAS ÉTICOS Y JURÍDICOS. *HUMANITAS HUMANIDADES MÉDICAS*, N°49(ISSN:1886–1601), (pág.8) (pág.13) (pág.14). (pág.15), (pág. 16).

² AYALA, M. M. (2018). *La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6938154> (pág.2)

tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada”.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida tiene por objeto regular la adecuada aplicación de las técnicas de reproducción humana asistidas científicamente acreditadas. La ley 14/2006, en su art.1, extiende su ámbito de aplicación a la regularización del correcto uso de estas técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y para el tratamiento de enfermedades genéticas, siempre y cuando exista un diagnóstico acorde y sea autorizado atendiendo a los parámetros previstos por esta Ley.

Disponiendo la Ley 14/2006 que la competencia para regular la correcta utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados corresponde a esta ley, a tenor de lo dispuesto en su artículo primero. Prohíbe, además, la clonación en seres humanos cuando tenga por objeto fines reproductivos. De igual modo, afirma la Ley en su art. 6.1; podrán beneficiarse de estas técnicas de reproducción humana asistida cualquier mujer mayor de edad con plena capacidad de obrar; independientemente de su orientación sexual o estado civil.

La Constitución Española en su art. 39.2 otorga protección integral a los hijos (a los cuales considera iguales ante la ley con independencia de su filiación), así como a las madres de aquéllos; en los casos de maternidad subrogada aflora el problema de determinar por parte del ordenamiento jurídico quien debe considerarse legalmente madre del niño así concebido (la madre gestante o la madre comitente).

El derecho a procrear se conecta constitucionalmente con la dignidad de la persona, con el derecho a la autonomía o libertad personal, con el derecho a la privacidad o intimidad, y con la protección a la familia (artículos 14, 18, 39 de la CE). Ahora bien, se establece como límite a este derecho, el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución.

Cabe cuestionarse si verdaderamente el deseo de ser padre o madre se configura como un derecho exigible a toda costa y, por ende, el Estado debe permitir cualquier medio que logre asegurar el disfrute de ese derecho introduciendo de este modo la posibilidad de acudir a la gestación por subrogación o; que se deba configurar como una expectativa de derecho.

A este respecto, el ordenamiento jurídico actual pese a prever la posibilidad de acudir a ciertas técnicas de reproducción humana asistida, parece comprender la maternidad como mera expectativa de derecho ya que prohíbe y establece su límite en la gestación subrogada, aunque ambas técnicas tengan idéntica finalidad.

1.3 REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

España prohíbe expresamente la gestación por sustitución. Así lo establece el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida;

“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

El precepto legal no distingue en función de la técnica de reproducción humana asistida empleada, o del material genético aportado a dicho procedimiento de gestación subrogada llevado a cabo. De este modo, resulta ineficaz determinar si la gestante es o no la madre genética del niño; tampoco se tiene en cuenta la onerosidad o gratuidad del contrato realizado, reservando la ley la posibilidad de ejercitar acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Pese a que el ordenamiento jurídico español actual prohíbe expresamente la gestación por sustitución, no se ha producido un descenso en el número de personas que ante la imposibilidad de concebir un hijo acuden a contratos gestacionales realizados en el extranjero, donde dicho procedimiento sí está permitido; razón por la cual se sienten al amparo. La legislación actual parece no ser suficiente para frenar este conflicto. Los ciudadanos españoles o de cualquier otra nacionalidad que se encuentran ante una prohibición legal en su país, sancionándose con nulidad la gestación por subrogación, acuden a terceros Estados donde sí se prevé dicha práctica; todo ello con la intención de dificultar que la mujer gestante después de dar a luz pueda reclamar cualquier tipo de derechos de filiación sobre el recién nacido (más aún si el niño es fruto del material genético aportado por la madre comitente). La falta de una regulación específica al respecto ha propiciado graves inconvenientes por parte de los Estados a la hora de

reconocer la filiación entre padres comitentes y niños nacidos de gestación subrogada, así como en materia de inscripciones registrales³.

1.4 INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

El contrato por el cual se convenga la gestación subrogada es nulo en nuestro ordenamiento jurídico a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006. Sin embargo, no es óbice para que se permita el reconocimiento de la filiación e inscripción en el Registro de niños nacidos por medio de gestación subrogada; cuando así se haya determinado conforme a legislación extranjera, que permita acudir a la gestación por sustitución y reconozca efectos legales a la renuncia practicada por la gestante de la filiación que le pudiera corresponder. Así lo establece la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque se critica su posible incursión en fraude de Ley, al contradecir el art. 10.1 Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁴.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, prevé la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos por medio de contrato de gestación por sustitución siempre que dicha práctica esté legalmente reconocida en el país extranjero donde se ha llevado a cabo el procedimiento; se requiere, además, que uno de los progenitores sea de nacionalidad española; y, que exista una

³ PONTE GARCÍA, V. (2019–2020). *Gestación subrogada y diversas cuestiones: Incidencia del TEDH y justificación de las distintas formas de proceder a la inscripción de la filiación*. (TFM).

⁴ ROMERO, M. D. R. D. (2010). La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. *Dialnet*.

resolución judicial que determine la filiación del nacido y que garantice los derechos de la gestante⁵.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (2010) afirma:

“Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor (...), resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, (...) lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico (...).” (Ap. 5)

Se deben valorar además de los intereses del menor otra serie de intereses dentro de un contrato de gestación subrogada, como es la protección de las mujeres gestantes que renuncian a sus derechos como madres. Para salvaguardar y dotar de protección jurídica dichos intereses, se determina la obligatoriedad de presentar ante el Encargado del Registro Civil resolución judicial que haya sido dictada por el Tribunal competente;

⁵ Asociación para la legalización y regulación de la Gestación Subrogada en España. (2015). *Sobre la gestación subrogada: ¿Qué es y cuál es su situación en España?* ASOCIACIÓN POR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA. <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.php/sobre-la-gestacion-subrogada/que-es-y-cual-es-su-situacion-en-espana>

para que sea posible la inscripción de los niños nacidos por medio de gestación por sustitución.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (2010) dispone en su apartado 8; que la obligatoriedad de obtener una resolución judicial en el país de origen tiene como objetivo fundamental verificar la capacidad jurídica y de obrar de la gestante y, comprobar que el consentimiento emitido por la misma no se ha obtenido fruto de engaño, coacción o violencia.

La exigibilidad de una previa resolución judicial para poder atribuir la filiación tiene su fundamento en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida que, remite a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exigiendo el ejercicio de acciones procesales y la correspondiente resolución judicial para determinar la filiación paterna del nacido por medio de gestación subrogada. Se protege así el interés del menor, facilitando, además, la relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero. Es necesario que dicha resolución sea reconocida por España.

1.5 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUBRUGACIÓN

1.5.1 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 (STS 247/2014)

Mediante recurso de casación la Sala Primera del Tribunal Supremo ha entrado a conocer de la impugnación de una resolución emitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la filiación de dos niños nacidos por medio de un contrato de gestación por sustitución en California⁶.

⁶ *C.G.P.J - Noticias Judiciales*. (2014, 13 febrero). @ Copyright © Consejo General del Poder Judicial.

https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler

Los recurrentes son dos varones de nacionalidad española. Éstos acuden a un contrato de gestación por sustitución por medio del cual, se produce el nacimiento de dos niños. Solicitan la inscripción en el Registro Civil consular de Los Ángeles (EEUU, California), adjuntando a dicha solicitud los certificados de nacimiento expedidos por las autoridades de California en los cuales ambos aparecen como progenitores⁷.

Es denegada la inscripción por el encargado del Registro Civil consular, a tenor de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Sin embargo, La Dirección General de los Registros y del Notariado dicta resolución por medio de la cual, ordena proceder a la inscripción de los dos niños en el Registro Civil en base a lo dispuesto por las certificaciones registrales extranjeras adjuntadas.

El Ministerio Fiscal interpone demanda impugnando la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Alega que la filiación de los niños nacidos por medio de gestación por sustitución debe determinarse por el parto. Disponiendo que la resolución emitida es contraria al orden público español y, por tanto, no procede la inscripción de la filiación.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de impugnación interpuesta por el Ministerio Fiscal procediendo a la cancelación de la inscripción de nacimiento. En consecuencia, los padres interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que desestima el recurso; contra esta sentencia se interpone el correspondiente recurso de casación. El recurso de casación se centra en la infracción del art. 14 CE, por producirse la vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y a la salvaguardia del interés superior del menor consagrado en la Convención de Derechos del Niño de 1989.

Los argumentos que expone la parte recurrente en el recurso de casación se basaron en tres aspectos. En primer lugar, el hecho de no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los niños nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio. En segundo lugar, se vulnera el interés del menor al privar de su filiación a los menores, pues su posición jurídica se ve perjudicada y les deja

⁷ STS 247/2014 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 6 de febrero de 2014, (recurso 245/2012)

desprotegidos (destacando que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de cualquier frontera). En tercer lugar, se expuso que el reconocimiento de la filiación que fue determinada en la certificación registral de California no contradice en ningún modo el orden público internacional español, pues se impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, pero no impide el acceso al Registro Civil español de la filiación que resultante de ese contrato.

La sentencia reconoce la razón de los recurrentes al afirmar que el hecho biológico no es el único indicativo para determinar la filiación, no contraviniendo necesariamente el ordenamiento público internacional español la determinación de la filiación por criterios diferentes a los puramente biológicos. Existen junto al hecho biológico, vínculos derivados de la adopción o parejas que se someten a tratamientos de reproducción humana asistida en los cuales contribuye un donante. De los diferentes posibles vínculos que pueden determinar la filiación, resulta posible establecer la filiación legalmente establecida respecto de dos personas del mismo sexo. Por tanto, se reconoce que a la hora de determinar una relación de filiación caben apreciar no solamente factores biológicos, sino también otros distintos de naturaleza cultural y/o social.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico español no permite que la adopción (incluso a nivel internacional), o las técnicas de reproducción humana asistidas vulneren la dignidad de la gestante o del niño. Se trata de evitar que se produzca la cosificación de la mujer gestante y del recién nacido al producirse la mercantilización del proceso de gestación y de la filiación; prácticas en las que determinados intermediarios obtienen beneficios, posibilitando que ante una situación de necesidad y de pobreza en que se encuentran mujeres jóvenes se produzca la explotación de este estado de necesidad.

Los recurrentes reconocen que el contrato de gestación por sustitución realizado es contrario al orden público español, impidiendo en consecuencia, que dicho contrato se pueda considerar válido o pueda ser ejecutado en España. Sin embargo, entienden que la inscripción de la filiación que se pretende es una mera consecuencia periférica del contrato, por lo que no existiría incompatibilidad alguna con el orden público. El Tribunal Supremo desestima este argumento y determina que, precisamente, la filiación que se pretende inscribir en el Registro Civil es consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución llevado a cabo. No se puede dissociar el contrato realizado de la filiación pretendida.

Se alega en el recurso que el hecho de no permitir inscribir en el Registro Civil español la filiación de los niños nacidos a favor de dos varones resulta discriminatorio, habida cuenta de que sí resulta factible inscribir la filiación a favor de dos mujeres cuando una de ellas se somete a un procedimiento de reproducción humana asistida y la otra mujer sea cónyuge. Este argumento no resulta admisible por el Tribunal. Aclara la sentencia que la causa de denegación de la inscripción de la filiación en el Registro Civil nada tiene que ver con que ambos recurrentes sean varones; la solución al litigio planteado hubiera resultado de igual forma si los contratantes fueran un matrimonio homosexual integrado por dos mujeres, o si se tratara de un matrimonio heterosexual, pareja de hecho, o bien, de una sola persona, fuera hombre o mujer. Se rechaza que exista discriminación. Se deniega la inscripción de la filiación no porque ambos solicitantes sean varones, sino porque la filiación pretendida es resultado de un contrato de gestación por sustitución.

Los recurrentes esgrimen como último argumento el interés superior del menor, al considerar que privar de su filiación a los niños perjudicaría su posición jurídica y éstos quedarían desprotegidos. La sentencia nuevamente no acepta este argumento. Entiende que el principio del interés superior del menor debe servir para interpretar, aplicar la ley y, colmar lagunas; pero no para contradecir lo que expresamente prevé la norma. No se admite el interés superior del menor como mero propósito para lograr resultados contrarios a la ley, destacando la importancia de que este principio sea interpretado conforme a los valores sociales⁸.

Entiende el Tribunal que el no reconocimiento de la filiación de los menores puede producir un perjuicio a su posición jurídica. Pero es necesario recordar que el establecimiento de una filiación que no esté determinada conforme a los criterios legales supone del mismo modo un perjuicio para el menor. Que la filiación de un menor resulte determinada a favor de quien realiza un contrato de gestación por sustitución, convierte

⁸C.G.P.J - *Noticias Judiciales*. (2014, 13 febrero). @ Copyright © Consejo General del Poder Judicial.

https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler

al menor en un objeto del tráfico mercantil atentando contra su dignidad. Se desprende así la necesidad de alcanzar una solución que menos perjuicio ocasione a los menores, debiéndose realizar conforme a los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo realiza la siguiente ponderación del derecho a la vida privada y familiar. No se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales en su art. 8. La denegación de la filiación supone una injerencia en el ámbito de la vida familiar, ahora bien, reúne los dos requisitos que justifican dicha injerencia de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo: primeramente, porque ésta está prevista por la ley, al exigirse que en el reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; en segundo lugar, dicha injerencia resulta necesaria en una sociedad democrática al tratar de proteger el interés del menor, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como es salvaguardar la dignidad e integridad moral de la gestante, así como impedir la mercantilización de la gestación y la filiación, entre otros objetivos.

Respecto de la posible desprotección de los menores; El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a tenor de lo dispuesto en el art. 8 del Convenio, establece que cuando exista una relación de familia con un niño, el Estado debe procurar que ese vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que permita la integración del menor dentro de su respectiva familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia).

A este respecto, determina el Tribunal que el recurso no busca adoptar una decisión que integre a los niños en la familia de los recurrentes, a no ser que sea mediante el reconocimiento de la filiación pretendida. No ha quedado probado que los gametos aportados fueran de alguno de los recurrentes y, aun siendo así, no ha resultado probado quien de los dos recurrentes sería el padre biológico de cada niño. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por la jurisprudencia de este Tribunal y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; si efectivamente existe dicho núcleo familiar, la solución que se alcance debe proteger el desarrollo y la protección de los vínculos.

El ordenamiento jurídico cuenta con diversas instituciones que lo permiten. El art. 10.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, posibilita reclamar la

paternidad respecto del padre biológico; de ser así el caso, si alguno de los recurrentes lo fuera, se podría determinar la filiación paterna. Además, existe el acogimiento familiar o adopción que permitirían formalizar el que los menores se integren en el núcleo familiar.

El Tribunal Supremo considera que los tribunales de instancia alcanzan una solución que pondera adecuadamente los bienes jurídicos en conflicto tomando en consideración el interés superior del menor. Destaca que la protección de dicho interés no se puede fundar en la existencia del contrato de gestación por sustitución ni en la filiación que prevé la legislación Californiana a favor de los padres comitentes. Por el contrario, se deberá considerar la ruptura de todo vínculo de los niños con la mujer gestante, la existencia de un núcleo familiar en la actualidad en el que formen parte los menores y los recurrentes, y la paternidad biológicamente determinada de alguno de los recurrentes respecto de los menores.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia) ha dispuesto que el art. 8 del Convenio, que determina la existencia del derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los diferentes Estados que deben interpretarse conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A este respecto, le corresponde al Ministerio Fiscal ejercitar las acciones que sean pertinentes para poder determinar la filiación de los menores, tomando en consideración, la integración de facto de los menores en un núcleo familiar.

La sentencia del Tribunal Supremo concluye desestimando el recurso de casación interpuesto por los recurrentes contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia. La sentencia tiene un Voto Particular que fue suscrito por cuatro Magistrados. La discrepancia se fundamenta en tres aspectos: en primer lugar, el acceso al Registro Civil de la certificación realizada por las autoridades californianas; en segundo lugar, respecto a la vulneración del orden público; y, en relación con el respeto al interés superior de los menores⁹.

⁹ Godoy, O. M. (2018). La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. *Dialnet*, N° 34 (ISSN 0213-988X), (pág.116).

1.5.2 Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 335, de 2 de febrero de 2015

Tras la sentencia de 6 de febrero de 2014 emitida por el Tribunal Supremo que desestima el recurso de casación interpuesto; el TEDH dicta las sentencias de 26 de junio de 2014, sentencias próximas al asunto en cuestión. Consecuentemente, las STEDH propician la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones¹⁰. Los recurrentes alegan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE), así como la discriminación producida tanto a los menores por razón de nacimiento como a los propios recurrentes en relación a su orientación sexual. Disponen que se ha visto vulnerado su derecho a la intimidad familiar.

Respecto de la alegación de vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación esgrimida por los recurrentes por razón de nacimiento de los menores, recuerda el Auto el margen de libertad de que dispone el legislador español para atribuir el carácter de relación paterno- filial a relaciones diferentes a la maternidad o paternidad biológicas. Sin que de esta potestad se derive la obligación por parte de los poderes públicos de reconocer una filiación así determinada y aceptada por ordenamientos extranjeros, cuando no sucede así en el ordenamiento jurídico español. Este es el caso de los contratos de gestación por sustitución al pretenderse la filiación de los comitentes respecto del niño así nacido.

La alegación de discriminación hacia los recurrentes frente a padres intencionales heterosexuales u homosexuales de género femenino no encuentra fundamento alguno al ser tomada la decisión al margen de la orientación sexual de los comitentes y teniendo en consideración únicamente el contrato de gestación por sustitución llevado a cabo.

Se imputa la vulneración del derecho a la intimidad familiar. Sin embargo, no existe un derecho a formar una familia ilimitado, excluyéndose, además, la posibilidad de establecer la filiación por medios no reconocidos por la legislación española, dentro del margen dispuesto por el orden público internacional.

La sala concluye que no se han visto vulnerados los derechos fundamentales descritos. Dicha conclusión concuerda con las sentencias dictadas por el Tribunal

¹⁰ PONTE GRACÍA, V. (2019–2020). *Gestación subrogada: El impacto de las STEDH desde 2013 a 2019 en el ordenamiento jurídico español*. (TFM).

Europeo de Derechos Humanos al establecer las mismas, que la denegación de la inscripción de la filiación en el Registro Civil no supone una vulneración del derecho a la vida familiar cuando se permita la convivencia del núcleo familiar en el país donde residan.

El Auto expone la similitud entre el asunto en cuestión y las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014. Los recurrentes que en las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegaron la vulneración del art. 8 del CEDH, son dos matrimonios de origen francés (Mennesson y Labassee), los cuales realizaron un contrato de gestación por sustitución en Estados Unidos. Cuando de dichos contratos nacieron las niñas, las autoridades francesas se negaron a la inscripción en el Registro Civil francés de las actas de nacimiento emitidas en EEUU.¹¹

Dispone el Auto que pese a existir efectivamente similitudes entre los casos planteados, la diferencia fundamental recae en el hecho de que en la sentencia del TEDH se ve vulnerado el art. 8 del Convenio por cuanto el ordenamiento jurídico francés no permite por ningún medio el reconocimiento de la filiación entre los padres comitentes y las niñas nacidas por medio de contrato de gestación por sustitución (no solo se deniega la transcripción de actas de nacimiento, sino cualquier otro modo de filiación biológica, adopción u posesión de estado); destacando el Auto la gravedad de no admitir el reconocimiento de la filiación biológica del padre que aportó su material genético. De este modo se produce una inferencia prevista en la ley, que de igual modo persigue objetivos legítimos pero que no cumple con la cualidad de ser necesario en una sociedad democrática al perjudicar derechos de los menores.

Mientras que el ordenamiento francés niega la posibilidad de determinar legalmente la relación de filiación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación por sustitución y los padres comitentes, anulando incluso la paternidad del padre biológico al determinar fraudulento el contrato realizado; el ordenamiento jurídico español, por el contrario, prevé la posibilidad de determinar la filiación paterna respecto

¹¹ Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 335, de 2 de febrero de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:335A)

del padre biológico y, en todo caso, cuando existe un núcleo familiar de facto entre los padres comitentes y los niños.

El ordenamiento español prevé el reconocimiento de la paternidad respecto del padre biológico, así como la posible adopción por el cónyuge o pareja comitente que no realizó la aportación del material genético al proceso de gestación por sustitución. Sin embargo, el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014 no aplicó tal petición por cuanto no se realizó (a diferencia del caso francés) debiéndose tener en cuenta que, tampoco se aportó prueba alguna del posible vínculo genético entre el padre comitente y el menor¹².

En este sentido, dispone el Auto que no se introdujo en el debate las circunstancias de los menores, así como de sus relaciones familiares (es decir, si alguno de los demandantes es el padre biológico del menor, así como si existe la integración de los menores en un núcleo familiar...). La decisión del Auto determina que no se ha visto vulnerado el derecho a la vida privada de los menores y a la determinación de su identidad de acuerdo con el art. 8 del CEDH, por cuanto la sentencia del Tribunal Supremo permite formalizar la identidad de los menores por medio del reconocimiento de la filiación biológica paterna y en caso de existir un núcleo familiar de facto.

En el caso de España, se prevé el reconocimiento de un estatus definido de los menores nacidos de gestación por sustitución mediante la certificación de la filiación biológica respecto de quienes hayan aportado sus gametos en el proceso de fecundación o; por medio de adopción e, incluso, puede proceder de la posesión de estado civil; todo ello con el fin de proteger el interés superior del menor.

Al resolver el incidente de nulidad de actuaciones, el Tribunal acredita la existencia de similitudes entre el caso español y el francés resuelto por sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero solo en lo referente a la denegación de la transcripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero. Respecto a los demás argumentos expuestos, dictamina el Tribunal que resultan inadecuados por cuanto al

¹² PONTE GRACÍA, V. (2019–2020). *Gestación subrogada: El impacto de las STEDH desde 2013 a 2019 en el ordenamiento jurídico español*. (TFM).

existir diferencias entre uno y otro ordenamiento jurídico, los resultados han de ser acordes a esa divergencia y, por tanto, diferentes.

El Tribunal de casación francés determina que no es posible la filiación entre un menor nacido de gestación por sustitución y los padres intencionales. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español prevé en el art. 10.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas que, se puede establecer la filiación paterna respecto del padre biológico. Añadiendo el ordenamiento español que debe otorgarse protección legal cuando entre los niños y los padres comitentes exista un núcleo familiar de facto, facilitando entonces la adopción de los menores o en su caso de acogimiento. En España los menores nacidos de gestación por sustitución tendrán derecho a heredar y a obtener la nacionalidad española una vez se haya determinado la filiación a través de los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico español (Art. 10 LTRHA) Por el contrario, en Francia las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los padres intencionales¹³.

El Auto determina la inexistencia de una situación de incertidumbre equiparable al expuesto en las sentencias del TEDH. Se determina que los inconvenientes que puedan aflorar en el proceso de acreditación de la filiación biológica paterna y de adopción son de carácter transitorio, así como superables. Los inconvenientes descritos no alcanzan una gravedad tal que puedan suponer un desequilibrio entre la legislación actual y la salvaguardia del interés del menor.

Se concluye que la injerencia descrita por los recurrentes en su vida familiar es compatible con nuestra sociedad democrática, al ponderarse debidamente el interés superior del menor, así como el orden público internacional. Al establecerse otras vías de determinación de la filiación por el ordenamiento jurídico español se garantiza la protección de los menores. Si bien es cierto que los menores se enfrentan a ciertos inconvenientes, éstos resultan temporales ya que el propio ordenamiento facilita otras vías alternativas de reconocimiento de la filiación. El Auto dictamina que no cabe declarar

¹³ GARCÍA ALGUACIL, M. J. (2016). ¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares? *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2016 parte Doctrina.

la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Tras esta sentencia, los recurrentes presentaron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido¹⁴.

1.6 JURISDICCIÓN SOCIAL Y PRESTACIONES POR MATERNIDAD

No solamente resulta controvertido el hecho de que ciudadanos españoles acudan a la gestación por sustitución siendo contraria al ordenamiento jurídico, sino que, además, una vez se producen los hechos y nacen los menores fruto de dicha práctica, se desencadenan otra serie de conflictos adicionales. Así, respecto del derecho a prestaciones sociales que ordinariamente corresponderían a los progenitores, se discute si es correcto que prestaciones de la Seguridad Social sean otorgadas atendiendo a una realidad contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado español.

El número de personas que deciden acudir a la maternidad subrogada ha ido incrementándose a lo largo de los años. Ello debido a los cambios sociales, a las diferentes formas de entender el concepto de “familia” y, no obstante, a la influencia que ejercen los personajes famosos cuando deciden acudir a estas técnicas de reproducción humana asistida. Existe una contradicción entre lo reflejado por el ordenamiento jurídico (con escasa regulación respecto a la cobertura en los casos de gestación por sustitución realizados en el extranjero) y la actitud de cada vez más nacionales que acuden a estas prácticas para así constituir una unidad familiar.

Dentro del ámbito de la protección social, se plantean supuestos en los cuales los padres comitentes (tras un proceso de gestación por sustitución) acuden a las instituciones de la Seguridad Social con el propósito de obtener prestaciones por maternidad y paternidad. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ha mantenido una postura contraria a la concesión de cualquier prestación por maternidad cuando ésta se pretenda tras acudir a la gestación por sustitución. La argumentación esgrimida por la entidad dispone que el contrato de gestación por sustitución que motiva un derecho a prestaciones por maternidad es nulo y fraudulento.

¹⁴ PONTE GRACÍA, V. (2019–2020). *Gestación subrogada: El impacto de las STEDH desde 2013 a 2019 en el ordenamiento jurídico español*. (TFM).

Por consiguiente, la mera inscripción en el Registro Civil de la filiación pretendida no puede producir efectos constitutivos cuando la situación es nula de pleno derecho. Debiéndose considerar que las prestaciones económicas por maternidad tratan de proteger principalmente a la mujer trabajadora y, por consiguiente, el interés del menor pese a verse afectado, no es el bien jurídico principal que se pretende proteger.

Los pronunciamientos judiciales realizados son muestra de la dicotomía existente a la hora de conceder o denegar las prestaciones por maternidad o paternidad. Hay resoluciones que consideran justificadas las prestaciones al priorizar el interés del menor, mientras que otras optan por rechazar este derecho al considerar la ilicitud de la gestación por sustitución en territorio nacional, así como determinar la nulidad del contrato realizado, del cual ninguna consecuencia puede verse derivada.

Son escasas las resoluciones judiciales que han denegado las prestaciones por maternidad. Sin embargo, se trata de un cuerpo judicial que está adquiriendo consistencia. Los criterios que se exponen a la hora de producirse la denegación de la prestación por maternidad se basan en la nulidad del contrato de gestación por sustitución, el cual no puede desplegar efectos. No centran su fundamentación jurídica en delimitar el interés del menor ni el orden público.

Existen, sin embargo, sentencias de los tribunales que en los últimos años han tratado de sustentar la posibilidad de otorgar prestaciones por maternidad o paternidad. Se centran dichos pronunciamientos en la finalidad de la prestación de maternidad, determinando que dicha finalidad tiene por objeto no solo posibilitar el descanso obligatorio y voluntario tras el parto, sino que también se centra en el cuidado del menor. Así, el interés superior del menor debe ser la razón por la cual se respete plenamente el derecho a disfrutar de la vida familiar y privada. Del mismo modo, debe darse prioridad al bienestar de las personas, teniendo en consideración que el principio del interés superior del menor al tener características de orden público, debe servir de inspiración para los jueces y tribunales cuando un menor se vea afectado por su decisión.

La concesión de estas prestaciones encuentra fundamento en la remisión al “concepto general de estado o cualidad de madre” que no solamente engloba a las madres tras el parto, sino que se equiparan al mismo los supuestos de adopción y acogimiento. Es posible considerar a tal efecto la aplicación por analogía y de manera extensiva de la norma en materia de acogimiento o adopción al determinar que la situación que se

pretende proteger respecto de los progenitores en los casos de gestación por sustitución es similar a los casos de acogimiento y adopción. De este modo resulta incomprensible que se deniegue la prestación en casos de gestación por sustitución cuando de haberse producido la adopción u acogimiento de un menor sí se hubiera otorgado dicha prestación; siendo necesario la interpretación extensiva de la norma. A este respecto, resulta innecesario invocar la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, pues no regula la concesión de las prestaciones.

Tras producirse los efectos del contrato de gestación por sustitución, cabe considerar que se ha producido efectivamente la renuncia por parte de la gestante de los derechos que le pudieran corresponder como madre del menor, trasladándose estos derechos y deberes al comitente el cual deberá asegurar la salud, educación y bienestar del menor. El reconocimiento de que la maternidad subrogada se equipara al resto de situaciones protegidas supone que, en el caso de denegarse sus efectos, se estaría vulnerando el principio de igualdad estando injustificada la denegación de la prestación. La CE en su art. 39 dispone que los poderes públicos asegurarán la protección social de las familias, así como la protección de los hijos los cuales se consideran iguales ante la Ley independientemente de su filiación.

Aunque la gestación por sustitución efectivamente sea una práctica ilegal en España no supone este un motivo suficiente para producirse la denegación de la prestación. En otras circunstancias igualmente ilegales o de carácter irregular se ha otorgado protección por parte del Estado español a los afectados. Ello sucede, por ejemplo, respecto de la pensión de viudedad de las esposas cuando el causante es nacional de un país que prevé la poligamia o respecto de los trabajadores irregulares a los cuales se les otorga protección en la Seguridad Social.

Estos son los principales argumentos de ambas posturas, aparentemente irreconciliables. El TS ha señalado que en los supuestos de adopción la finalidad que se pretende con el otorgamiento de la prestación no es otra que propiciar que el menor se integre en el seno familiar. Por tanto, las prestaciones por maternidad se centran no solamente en el bienestar de la madre tras dar a luz, sino también en el cuidado del menor (siendo ésta la prioridad). La regulación actual de las prestaciones por maternidad, contribuyen a este entendimiento al recoger la posibilidad de verse beneficiados los progenitores en el caso de acogimiento y adopción. Resulta necesario apreciar lo

dispuesto en el art. 2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural; que considera equiparable a la adopción y al acogimiento las instituciones jurídicas que hayan sido declaradas por resoluciones administrativas o judiciales extranjeras y que tengan idéntica finalidad y efectos jurídicos¹⁵.

De este modo, gran parte de la doctrina judicial del orden social ha reconocido permisos y prestaciones de maternidad en casos de gestación por sustitución al considerar que los padres intencionales son los progenitores y, por tanto, deben tener reconocidos idénticos derechos que en los casos de adopción y acogimiento.

Resulta relevante la Sentencia del TSJ País Vasco, núm. 944/2014, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2014. Esta sentencia resuelve un recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la SJS, de 13 de enero de 2014, emitida en un proceso de Seguridad Social sobre prestaciones por maternidad. El litigio se inicia a razón de la denegación a una trabajadora de una prestación por maternidad, considerando el INSS que la solicitante no se encontraba amparada por ninguna de las circunstancias previstas a efectos de concederse la prestación. La actora a través de un proceso de gestación por sustitución en California (Estados Unidos) se convirtió en madre intencional de dos niños. Ambos niños fueron inscritos en el Registro Civil de California y se dictaminó por la Corte Superior de Justicia de California el reconocimiento de la mujer como única progenitora. Asimismo, se procedió a inscribir el nacimiento de los menores en el Registro Civil español.

El Juzgado de lo Social, estimando la demanda a la actora y condenando al INSS, reconoció el derecho de la solicitante a la prestación por maternidad. El recurso de suplicación que interpone el INSS centra su argumentación en la ilegalidad de la filiación, siendo contrario al derecho español la gestación por sustitución.

¹⁵ HIERRO HIERRO, F. J. (2016). Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social. *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 190/2016 parte Estudios., Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

El TSJ País Vasco dictamina teniendo en consideración la jurisprudencia del TJUE (Sentencias de 18 de marzo del 2014, asuntos C-167/12 y C-363/12). En la primera sentencia (C-167/12) el TJUE determina que los Estados Miembros de la UE no se encuentran en la obligación de otorgar un permiso de maternidad a una trabajadora que reclame dicha prestación cuando su condición de madre se haya debido a un contrato de gestación por sustitución. Disponiendo que no cabe apreciar discriminación alguna basada en el sexo, tras producirse la denegación por parte de un empleador del permiso de maternidad a una madre comitente. En la misma dirección la Sentencia C-363/12 del TJUE determina que no se produce una discriminación por motivo de discapacidad cuando se deniega un permiso retribuido que es equivalente al permiso de maternidad o por adopción, a una trabajadora que está incapacitada para gestar en su vientre a su hijo y que en consecuencia recurre a un contrato de gestación por sustitución. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco centra su decisión de denegar la prestación por maternidad en la jurisprudencia del TJUE¹⁶.

En contraposición a la STSJ del País Vasco, tienen especial relevancia las sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre, del Pleno de la Sala 4ª del TS de 2016 (RCUD 3818/2015 y 3146/2014). Estas sentencias unifican criterios y atendiendo al interés superior del menor, dictaminan que es necesario reconocer prestaciones de Seguridad Social a los padres comitentes tras un proceso de gestación por sustitución independientemente de que dicha situación no esté prevista en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores.

En la sentencia de 25 de octubre de 2016 del TS el demandante es un hombre que, mediante un contrato de gestación por sustitución se convirtió en padre de dos niñas teniendo en exclusiva la patria potestad sobre las menores. Se produce la denegación de la prestación por maternidad por el INSS, así como la desestimación de la demanda por el Juzgado de lo Social. El TSJ de Catalunya determinó conceder las prestaciones por

¹⁶ ENCABO, S. O. (2015, 20 enero). *La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial?. A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014* | Olarte Encabo | *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Revista de Derecho de la Seguridad Social. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/24/25>

maternidad demandadas, sin embargo, la Administración de la Seguridad Social interpuso recurso de casación alegando la sentencia del TSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014.

En relación con la sentencia de 16 de noviembre de 2016, se produce que un matrimonio acude a California para proceder a realizar un contrato de gestación por sustitución. Se solicita la prestación por maternidad una vez nacido el menor, siendo denegada dicha solicitud por el INSS. El Juzgado de lo Social deniega la prestación y, posteriormente, el TSJ de Madrid determina en igual sentido teniendo en cuenta la STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014, interponiéndose entonces recurso de casación para unificación de doctrina.

El TS en las sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016 entiende que los padres comitentes tienen derecho al acceso de las prestaciones por maternidad, asentando los siguientes criterios. El TS entiende que pese a ser nulo el contrato de gestación por sustitución en España, esta circunstancia no puede suponer una restricción de los derechos del menor. De igual modo, reafirma el principio del interés superior del menor considerando que éste debe tenerse en cuenta a la hora de tomar cualquier decisión por la cual vayan a verse afectados, así como la protección de los vínculos familiares (resulta necesario que el Estado permita y posibilite la integración del menor en su respectiva familia aun cuando provenga de un contrato de gestación por sustitución).

Entiende el Tribunal que, en caso de no concederse la prestación por maternidad, aun cuando se haya producido el nacimiento del menor tras un proceso de maternidad subrogada, se incurriría en una discriminación por razón de filiación contraria a las disposiciones de la CE. El TS determina que aun cuando el contrato de gestación por sustitución sea nulo de pleno derecho en el ordenamiento jurídico actual, esta circunstancia no puede suponer un obstáculo para posibilitar la inserción del menor en su núcleo familiar, así como salvaguardar sus derechos, todo ello a través de las prestaciones de Seguridad Social.

El TS estima que la Seguridad Social no debe cubrir meramente las necesidades derivadas de una filiación biológica, ya que la prestación de la Seguridad Social tiene varias finalidades. Por un lado, salvaguardar la salud y recuperación de la madre y, por otro, permitir que se desarrolle una relación madre-hijo tras el nacimiento del menor, resaltando el Tribunal los supuestos especiales de adopción y acogimiento que también se encuentran protegidos por dichas prestaciones.

De igual forma, se debe salvaguardar las relaciones entre el menor nacido fruto de un contrato de maternidad subrogada y los padres comitentes. Por analogía a las situaciones de adopción y acogimiento, se debe proceder a otorgar protección a los padres comitentes. Para el TS, es posible una interpretación más flexible de las disposiciones reglamentarias de la Seguridad Social estableciendo, por tanto, la similitud existente entre las situaciones de adopción y acogimiento y los casos de maternidad subrogada. Siendo esta la razón para considerar necesario otorgar prestaciones de maternidad en casos de gestación por sustitución¹⁷.

2. EL TURISMO REPRODUCTIVO

Se entiende por turismo médico a la circunstancia de viajar a otro Estado con el objetivo de obtener allí servicios sanitarios que son contrarios a derecho en el país de origen. Se produce este turismo sanitario en casos de aborto, suicidio asistido y, maternidad subrogada. La falta de consenso entre los diferentes países en relación a la regulación de la gestación por sustitución ha propiciado que se produzca dicho turismo reproductivo, situándose como destinos frecuentes a la hora de realizar dichos contratos por nuestros nacionales, Ucrania, Reino Unido y Holanda.

Como regla general, las personas que acuden a este tipo de turismo reproductivo son personas con rentas elevadas. Ello supone que exista un amplio sector comercial detrás de este turismo reproductivo, lo cual puede conllevar la explotación comercial de las madres gestantes. De hecho, es en los países de mayor pobreza y desigualdad donde más se producen estas prácticas¹⁸.

La gestación por sustitución se encuentra prohibida en la mayoría de los países del primer mundo, con el objetivo de evitar una posible explotación del cuerpo de la

¹⁷ *El Tribunal Supremo reconoce el derecho a las prestaciones de.* (2016). Laboral-social.com. <https://www.laboral-social.com/sentencias-TS-25-octubre-2016-3818-2015-16-noviembre-2016-3146-2014-maternidad-subrogada-vientres-alquiler-reconocimiento-prestaciones-seguridad-social.html>

¹⁸ GARCÍA AMEZ, J., & MARTÍN AYALA, M. (2017). *Turismo reproductivo y maternidad subrogada*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334695> (Pág. 203)

mujer, excluyéndose la maternidad subrogada en todo caso si es remunerada. sin embargo, en países en vías de desarrollo se establecen unas condiciones más flexibles entorno al reconocimiento de validez de los contratos de gestación por sustitución. Estas circunstancias han propiciado el incremento exponencial del turismo reproductivo. En respuesta y tratando de proteger los derechos de las mujeres gestantes, los países receptores de dicho turismo están optando por modificar su legislación estableciendo restricciones a los extranjeros que pretendan contratar un vientre de alquiler. Este es el caso de India, Camboya, Nepal o el Estado de Tabasco (México).

El hecho de que, por un lado, algunos países europeos legalicen la gestación por sustitución cuando se garanticen los derechos de la gestante; así como que se produzca el reconocimiento de efectos por parte de Estados miembros de la UE como España o Italia, a contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero; propicia un aumento en el turismo reproductivo. Produciéndose, además, una búsqueda de países permisivos de estas prácticas donde menor sea el coste para los comitentes y donde la legislación sea más permisiva¹⁹.

El TEDH ha evidenciado la discordancia existente respecto de la regulación del derecho de familia por parte de los diferentes Estados europeos. En relación con la determinación de la filiación existente entre padres e hijos, el Tribunal se ha mostrado favorable a respetar el margen de apreciación de los diferentes Estados. Los ordenamientos jurídicos de los países europeos regulan mayormente las técnicas de reproducción humana asistida, si bien, ello no es óbice para que exista una gran diversidad al respecto y, sobre todo, en lo que respecta al tratamiento de los contratos de gestación por sustitución.

Debido a esta circunstancia se han planteado ante el TEDH desde el año 2006 numerosos casos entorno a esta cuestión. Las diferentes formas de regular la gestación por sustitución y las TRA en los diferentes Estados europeos, permiten apreciar regulaciones más laxas como es el caso de España y Reino Unido; y otras regulaciones

¹⁹ ALBERT, M. (2017). LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES Y EL MITO DE LA SUBROGACIÓN ALTRUISTA: UNA MIRADA GLOBAL AL FENÓMENO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII(núm. 2, mayo-agosto, 2017, pp. 186–187).

más restrictivas como es el caso de Francia e Italia. La gran diversidad en torno a las soluciones adoptadas por los tribunales de cada Estado ha propiciado el turismo reproductivo²⁰.

El turismo reproductivo parece ser una opción únicamente viable para personas económicamente pudientes, asimismo resulta difícil establecer un control a estas prácticas lo que conlleva la posibilidad de grave riesgo de explotación para las mujeres gestantes en países en vías de desarrollo. De igual modo, el turismo reproductivo origina diferentes conflictos una vez los menores nacen y los padres comitentes pretenden la inscripción del niño en su país de residencia. Debido a que ni la prohibición expresa de la gestación por sustitución ni el silencio legal frenan esta práctica, resulta necesario una regulación específica en torno a la maternidad subrogada. La regulación de la gestación por sustitución es necesaria para dar respuesta a los conflictos que se plantean e impedir que se produzca la comercialización de estas prácticas. La regulación de la gestación por sustitución puede ser la solución más viable para salvaguardar el interés superior del menor²¹.

En el ámbito internacional hay Estados que carecen de regulación respecto de la gestación por sustitución como es el caso de Argentina o Tailandia; otros, como es el caso de España, Francia, Alemania... prohíben expresamente esta práctica; y, existen otros países que la permiten (diferenciando los que únicamente la permiten cuando no es lucrativa como es el caso de Canadá y Reino Unido entre otros; de los Estados que la permiten aun cuando conllevan tras de sí un fenómeno comercial como es el caso de Rusia, Ucrania o Estados Unidos). La gran diversidad de legislaciones ha provocado el aumento exponencial del turismo reproductivo. Ciudadanos se trasladan a países donde sí se permite realizar estos procedimientos con el objetivo de evitar la prohibición

²⁰ FARNÓS AMORÓS, E., & BENAVENTE MOREDA, P. (2015). Treinta años de reproducción asistida en España Recurso electrónico una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. *Dialnet*, ISSN: 1989-4767, 177-180.

²¹ LAMM, E. (2012). *Gestación por sustitución: Realidad y Derecho*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926> (Pág. 22) (Pág.31) (Pág.32)

existente en sus países de residencia o con la intención de realizar el contrato de gestación por sustitución bajo un menor coste o mayor garantía. Uno de los países más demandados por los españoles a la hora de realizar un contrato de gestación por sustitución es Ucrania. Ello debido a la ubicación geográfica, así como al bajo coste del procedimiento²².

3. SENTENCIAS DEL TEDH EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

3.1 STEDH DE 26 DE JUNIO DE 2014 (MENNESSON CONTRA FRANCIA Y, LABASSEE CONTRA FRANCIA)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha visto en la obligación de pronunciarse respecto de varios conflictos derivados de gestación por subrogación. El problema de acudir a la maternidad subrogada radica en la obtención del posterior reconocimiento de filiación e inscripción registral cuando los padres comitentes regresan a sus países de origen, en los cuales se prohíbe esta práctica. A este respecto, es de relevancia la STEDH de 26 de junio de 2014 en el asunto Mennesson contra Francia y, conjuntamente, la STEDH de 26 de junio de 2014 de Labassee contra Francia²³.

En ambos casos los recurrentes son dos matrimonios de nacionalidad francesa, que debido a problemas de fertilidad y, después de haber intentado tener descendencia mediante técnicas de reproducción humana asistidas como es la fecundación in vitro, resultando infructuosas; recurren a la gestación subrogada, se implantan embriones fecundados en el útero de otra mujer con el material genético aportado por los respectivos maridos. Este método seguido por ambos matrimonios se desarrolló en California y en Minnesota (Estados Unidos), donde es legal la gestación por sustitución.

²² FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020). *GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ESPAÑOLES ATRAPADOS EN UCRANIA*. REVISTA DE DERECHO UNED NÚM. 26. <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/29170/22472> (Pág. 156-158)

²³ STEDH de 26 de junio de 2014 en el caso *Mennesson c. Francia*, demanda núm. 65192/11. STEDH de 26 de junio de 2014, caso *Labassee c. Francia*, demanda núm. 65941/11.

Las autoridades estadounidenses reconocen a los padres comitentes la filiación y/o paternidad sobre las niñas nacidas por medio del contrato de maternidad subrogada. La controversia surge en Francia cuando los padres intencionales acuden a inscribir tal reconocimiento en el Registro francés. Las autoridades francesas rechazan entonces la inscripción ante la más que evidente sospecha de que los padres han acudido a un procedimiento de gestación por sustitución, práctica que al igual que en España está prohibida en Francia. La gestación por sustitución se encuentra sancionada por el ordenamiento jurídico francés estableciendo su nulidad de pleno derecho.

El juez de instrucción francés fue llamado a conocer del caso ante la evidencia de que se había recurrido a la gestación subrogada para lograr el propósito de ser padres. El juez de instrucción determinó que efectivamente se había recurrido al uso de un vientre de alquiler, pero que al producirse los hechos en territorio estadounidense se debía proceder a sobreseer el procedimiento, teniendo en cuenta que, al contrario que en Francia, la maternidad subrogada no es ilegal en Estados Unidos.

Entre tanto, se llega a producir la inscripción de los nacimientos en el registro francés. El Ministerio Fiscal recurre tal actuación y es la Corte de Casación la que estima la pretensión del Fiscal y anula la inscripción. La Corte determina que la gestación por sustitución incurre en una nulidad de orden público a tenor de lo dispuesto en el art. 16-9 del Código Civil francés.

Ante la decisión de la Corte de Casación francesa de que no se lleve a término la inscripción de las niñas en el Registro, ambos matrimonios acuden al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Interponen recurso ante el TEDH en base a que se ha visto vulnerado el interés superior del menor y el derecho de todo niño a que se le reconozca una filiación estable, habida cuenta de que en Estados Unidos ya se había producido el reconocimiento de tal filiación. Es de aplicación a este respecto el art. 3 de la Convención Internacional de los Derechos del niño, por el cual los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad; así como los artículos 8 y 14 de la Convención Internacional de los Derechos del niño²⁴.

²⁴ PONTE GRACÍA, V. (2019–2020). *Gestación subrogada: El impacto de las STEDH desde 2013 a 2019 en el ordenamiento jurídico español*. (TFM).

En el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los demandantes manifiestan que se ha producido la violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Disponen que, en detrimento del interés superior del menor, no pudieron obtener el reconocimiento en Francia de la relación legal entre padres e hijos que legalmente ya se estableció en el extranjero. Denunciando la violación del derecho al respeto a su vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio.

El Tribunal de Justicia a la hora de abordar la resolución del caso, expone que efectivamente no existe en Europa un verdadero consenso acerca de la legalidad o ilegalidad de los acuerdos de gestación subrogada ni acerca del reconocimiento jurídico de la filiación entre los padres intencionales y los niños nacidos por medio de este tipo de prácticas en el extranjero. Afirma el Tribunal que, en principio, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación, no sólo para decidir si autorizan o no este método de reproducción asistida, sino también para reconocer o no una relación paterno filial legal entre los niños legalmente concebidos como resultado de un acuerdo de maternidad subrogada en el extranjero y los padres intencionales. Ahora bien, está en juego un aspecto esencial de la identidad de las personas a la hora de dictaminar la relación jurídica entre padre e hijo. Y, Por tanto, es factible considerar reducir el margen de apreciación con el que cuenta dicho Estado.

El Tribunal resuelve el caso pronunciándose sobre dos cuestiones, por un lado, cuestiona si se ve alterado el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y, por otro lado, si se ve perjudicado el derecho de los menores al respeto de su vida privada.

Por lo que se refiere al respeto a la vida familiar de los demandantes, el TEDH considera que la falta de reconocimiento en el derecho francés de la relación jurídica padre- hijo afecta necesariamente a su vida familiar. Se reconoce que la situación creada provocaría "dificultades prácticas". El tribunal entra a valorar que el hecho de no disponer de documentos de estado civil franceses ni de un libro de familia francés, provoca que los solicitantes se vean obligados a presentar documentos civiles estadounidenses (no registrados) acompañados de una traducción jurada oficial cada vez que el acceso a un derecho o a un servicio requiere la prueba de la relación legal entre padres e hijos. Añadiendo que, efectivamente, hay problemas a la hora de inscribir a los niños en la

seguridad social, de inscribirlos en el comedor escolar o en un centro de actividades al aire libre y de solicitar ayudas económicas.

Como consecuencia de esta situación cabe destacar que a los niños no se les ha concedido la nacionalidad francesa, lo cual plantea problemas con vistas al futuro desarrollo de la vida del menor, esto es así, debido a que la nacionalidad francesa se concede en función de la nacionalidad de uno u otro progenitor (siendo precisamente la determinación legal de los padres la causa en cuestión).

Sin embargo, el Tribunal determina que cualquiera que sea el grado de los riesgos potenciales para la vida familiar de los demandantes, se debe determinar la cuestión teniendo en cuenta los obstáculos prácticos que la familia ha tenido que superar debido a la falta de reconocimiento en la legislación francesa de la relación legal padre-hijo. Señala que los demandantes no alegan que haya sido imposible superar las dificultades a las que se refieren y no han demostrado que la imposibilidad de obtener el reconocimiento de la relación jurídica paterno filial con arreglo al Derecho francés les haya impedido disfrutar en Francia de su derecho al respeto de su vida familiar. El Tribunal de Justicia considera que la situación creada por la decisión del Tribunal de Casación en el presente asunto establece un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los del Estado en lo que respecta a su derecho al respeto de la vida familiar.

El TEDH reconoce los inconvenientes generados por esta situación de falta de reconocimiento de la filiación y por ende de la nacionalidad francesa del menor, pero determina que no se produce la vulneración del derecho a la vida familiar previsto en el art. 8 del Convenio.

Por otro lado, el respeto de la vida privada exige que toda persona pueda establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales, lo que incluye la relación legal entre padres e hijos. Aunque el artículo 8 del Convenio no garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad determinada, lo cierto es que la nacionalidad es un elemento de la identidad de una persona.

El Tribunal observa que el hecho de que los niños no sean identificados en la legislación francesa como hijos de los demandantes tiene consecuencias para sus derechos sucesorios. Acepta que Francia desee disuadir a sus nacionales de ir al extranjero para beneficiarse de métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su propio territorio. Sin embargo, teniendo en cuenta lo anterior, los efectos del no reconocimiento

en el derecho francés de la relación jurídica padre hijo entre los niños así concebidos y los futuros padres no se limitan únicamente a los padres, que han elegido un determinado método de reproducción asistida prohibido por las autoridades francesas. Afectan también a los propios niños, cuyo derecho al respeto de su vida privada que implica que toda persona debe poder establecer la sustancia de su identidad, incluida la relación jurídica paterno filial, se ve sustancialmente afectado.

El Tribunal considera, habida cuenta de las consecuencias de esta grave restricción de la identidad y del derecho al respeto de la vida privada de estos niños nacidos de gestación subrogada, que al impedir así tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el Estado francés sobrepasó los límites admisibles de su margen de apreciación. Concluyendo el Tribunal que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio en lo que respecta al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar. Sin embargo, se ha producido una violación de esta disposición en lo que respecta al derecho de los niños al respeto de su vida privada.

3.2 STEDH DE 21 DE JULIO DE 2016 (CASO FOULON Y BOUVET CONTRA FRANCIA)

Este segundo asunto tiene su origen en dos demandas, ambas presentadas por ciudadanos franceses (n ° 9063/14 y 10410/14) y efectuadas contra Francia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁵. Los demandantes alegaron ante el Tribunal la vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ante la negativa de las autoridades francesas de inscribir en el registro civil francés a unos niños nacidos en India mediante gestación subrogada.

Con respecto a la demanda n ° 9063/14 se producen los siguientes hechos; un ciudadano francés es padre de una niña nacida en la India, en Bombay, siendo la madre

²⁵ STEDH de 21 de julio de 2016 (Sala), caso Foulon y Bouvet contra Francia, demanda núm. 9063/2014

también procedente de India. Ambos constan como padre y madre de dicha niña en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades indias.

El padre de nacionalidad francesa tras producirse el nacimiento de su hija lleva a cabo un reconocimiento de paternidad en el ayuntamiento de París, produciéndose la negativa por parte de las autoridades francesas de transcribir dicha partida de nacimiento en el registro civil francés. El ciudadano francés fue informado de que la negativa a realizar la transcripción de la partida de nacimiento de su hija se debía a que había indicios que hacían suponer que había recurrido a la gestación por subrogación para concebir a la niña. Detallando que dicha práctica está prohibida en virtud del art. 16-7 del Código Civil francés.

Se recurrió por el demandante hasta llegar al Tribunal de Casación francés que desestimó su recurso determinando que la negativa por parte de las autoridades francesas a transcribir la partida de nacimiento realizada en la India está justificada por cuanto el nacimiento de la niña se ha producido como resultado de un contrato de gestación subrogada. Dicha práctica, aunque en la India sea lícita, en Francia es nula de pleno derecho en virtud de los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil.

Con respecto a la demanda n.º 10410/14; se relata que de un padre de nacionalidad francesa nacieron dos niños en la India, en Bombay, de madre india. Se expidió por las autoridades indias certificado de nacimiento en el cual consta como padre. Se produce, de igual modo, la negativa a transcribir las partidas de nacimiento en el registro civil francés. Finalmente, acuden al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En ambos casos se produce el nacimiento de los niños mediante gestación por sustitución, de tal forma que las autoridades francesas se niegan a transcribir en el registro francés las partidas de nacimiento, anulando el reconocimiento de la paternidad efectuado por la India. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de dictaminar se remite a las sentencias *Mennesson y Labassee* contra Francia. El Tribunal decide entonces unir las demandas n.º 9063/14 y 10410/14 y dictamina que no se habría violado el artículo 8 del Convenio en lo que respecta al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar; pero sí que se habría violado el artículo 8 del Convenio en lo que respecta al derecho de los niños al respeto de su vida privada.

3.3 STEDH DE 19 DE ENERO DE 2017 (LABORIE CONTRA FRANCIA)

La STEDH entra a valorar la decisión tomada por parte de las Autoridades francesas de denegar la inscripción en el registro civil francés de la filiación sobre dos gemelos nacidos por medio de gestación por sustitución en Ucrania²⁶.

El asunto tiene su origen en la demanda (n ° 44024/13) que se formula contra la República Francesa en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por Karine y Fabrice Laborie, ambos de nacionalidad francesa. Los certificados de nacimiento de los niños nacidos por gestación subrogada en Karhov y que fueron elaborados por las autoridades ucranianas muestran que la primera demandante es su madre y que el segundo demandante es su padre.

Los demandantes presentaron una solicitud de transcripción de las partidas de nacimiento de los niños ante la embajada de Francia en Ucrania. El fiscal de Nantes se opuso a esta transcripción en vista de los indicios recogidos por la sede diplomática de que estos nacimientos se produjeron en el marco de un contrato de maternidad subrogada prohibido por el artículo 16-7 del Código Civil.

Los demandantes sostuvieron que el hecho de que el fiscal considerara que habían recurrido a un contrato de maternidad subrogada fuera del territorio francés no podía justificar la denegación de la transcripción de las partidas de nacimiento de los niños, ya que las disposiciones del artículo 16-7 del Código Civil no eran aplicables a un contrato que no estaba sujeto al Derecho francés y que no podía considerarse contrario al orden público francés. Añadiendo, que esta negativa constituía una violación del artículo 8 de la Convención y del artículo 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que establece que la relevancia del interés superior del menor.

El Tribunal Superior entró a conocer del caso, desestimando las pretensiones de los demandantes en una sentencia de 10 de noviembre de 2011. Consideró que las pruebas demostraban que la presencia de los demandantes en Ucrania en el momento del nacimiento tenía por objeto el cuidado de los niños concebidos en virtud de un contrato

²⁶STEDH de 19 de enero de 2017 (Gran Sala), caso Laborie contra Francia, demanda núm. 25358/12

de maternidad subrogada. A continuación, subrayó que el principio de indisponibilidad del estatuto personal, principio esencial del Derecho francés, impide que el reconocimiento de la filiación haga efectivo un acuerdo relativo a la procreación o a la maternidad subrogada que, aunque sea legal en el extranjero, es nulo en virtud de los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil.

Finalmente, concluyó que el Ministerio Fiscal tenía razón al oponerse a la transcripción, y que los hechos mencionados en las partidas de nacimiento no se ajustaban a la realidad en lo que respecta a la filiación de los hijos y que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 47 del Código Civil, no se les podía reconocer valor probatorio. Afirmó que este rechazo de la transcripción no privó, sin embargo, a los niños de su filiación paterna y materna, que la ley ucraniana reconocía, ni les privó del derecho a vivir con sus padres, y en consecuencia no afectó a su derecho al respeto de su vida privada y familiar, ni a su interés superior, garantizado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Mediante sentencia en enero de 2013, el Tribunal de Apelación confirmó la sentencia de 10 de noviembre de 2011. Consideró que existía un acuerdo de maternidad subrogada que no podía surtir efecto en Francia.

Tal acuerdo, aunque legal en Ucrania, es sin embargo, contrario al principio de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estatuto de las personas, principios esenciales del derecho francés. Por lo tanto, es nulo de pleno derecho como cuestión de orden público. Por otra parte, los certificados de nacimiento de los niños contienen una indicación que no se corresponde con la realidad, en la medida en que mencionan que la recurrente es la madre de los niños, cuando es la madre comitente. Por lo tanto, estos actos no son eficaces en virtud del artículo 47 del Código Civil.

El Tribunal también consideró que la negativa a transcribir la partida de nacimiento no privaba a los niños de su filiación, reconocida por la legislación ucraniana, y no afectaba por tanto a los intereses de los niños, en particular a su derecho a vivir con sus padres. Ante tales afirmaciones, los demandantes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio, denunciaron la violación de su derecho al respeto de su vida privada y familiar como consecuencia de la denegación de la inscripción de los certificados de nacimiento de los gemelos en los registros del estado civil franceses.

Por lo que respecta al derecho al respeto de la vida familiar, los recurrentes señalan que los niños se enfrentan a importantes obstáculos prácticos debido a la falta de reconocimiento de su filiación por parte de la legislación francesa y se encuentran en una situación incierta por lo que respecta, en particular, al reconocimiento de su nacionalidad francesa. En particular, exponen las grandes dificultades para obtener un pasaporte francés, un documento de identidad francés o un certificado de nacionalidad francesa.

- La evaluación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos observa que la situación de los demandantes en el presente caso es similar a la de los demandantes en los asuntos *Mennesson, Labassee, Foulon y Bouvet* (citados anteriormente), en los que consideró que no se había producido una violación del derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pero que sí se había producido una violación del derecho al respeto de la vida privada de los niños afectados.

Teniendo en cuenta las circunstancias del presente caso, el TEDH no ve ninguna razón para llegar a una conclusión diferente a la de los asuntos *Mennesson, Labassee, Foulon y Bouvet*. Concluye que no se ha violado el artículo 8 del Convenio en lo que respecta al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pero que se ha violado dicha disposición en lo que respecta al derecho de los niños al respeto de su vida privada.

3.4 STEDH 24 DE ENERO DE 2017 (CASO PARADISO AND CAMPANELLI CONTRA ITALIA)

El asunto tiene su origen en la demanda (núm. 25358/12) contra la República Italiana presentada ante el TEDH en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por dos nacionales italianos, la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli.

Se produce que tras intentar tener un hijo y haber recurrido sin éxito a técnicas de reproducción humana asistida, los demandantes se propusieron como padres adoptivos. Sin embargo, esperaron en vano a un niño que pudiera ser adoptado, de tal modo que creyeron conveniente recurrir a un procedimiento de gestación por subrogación. Para ello, se pusieron en contacto con una clínica de Rusia.

A través de fecundación in vitro, se implantaron dos embriones en el vientre de la madre subrogada. Tras producirse el nacimiento del niño, la madre de alquiler dio su consentimiento por escrito para que el niño fuera inscrito como hijo de los demandantes²⁷.

De esta forma los demandantes fueron inscritos y reconocidos como padres del recién nacido por el Registro Civil de Moscú. La madre intencional se dirigió al Consulado italiano en Moscú, con el certificado de nacimiento, para obtener los documentos que le permitieran regresar a Italia con el niño. El Consulado italiano expidió los documentos y, de este modo, finalmente llegaron a Italia. Sin embargo, el Consulado italiano informó al Tribunal de Menores de Campobasso y al Ministerio de Asuntos Exteriores de que la documentación relativa al nacimiento del niño contenía datos falsos. La fiscalía abrió un procedimiento penal contra los demandantes. Paralelamente, el Ministerio Fiscal del Tribunal de Menores de Campobasso solicitó la apertura de un procedimiento de puesta a disposición del niño para su adopción, ya que debía ser considerado en estado de abandono a efectos legales. El Tribunal de Menores nombró un tutor y abrió un procedimiento para poner al niño en adopción.

El tribunal ordenó que se realizara una prueba de ADN para determinar si el segundo demandante era el padre biológico del niño. El resultado de estas pruebas demostró que no existía ningún vínculo genético entre ellos. Ante tal afirmación, la Oficina de Registro del Ayuntamiento de Colletorto se negó a registrar el certificado de nacimiento ruso. El Ministerio Público solicitó al Tribunal que diera una nueva identidad al niño y que emitiera un nuevo certificado de nacimiento.

En el marco del procedimiento de puesta a disposición del niño para su adopción, que estaba entonces pendiente ante el Tribunal de Menores los demandantes pidieron a un psicólogo que elaborara un informe sobre el bienestar del niño. El informe elaborado indicaba que los padres intencionales habían desarrollado un profundo vínculo emocional con el niño. Concluyó que los padres comitentes eran adecuados para el niño, tanto desde el punto de vista psicológico como en cuanto a su capacidad para educarlo y criarlo, añadiendo que las posibles medidas de alejamiento tendrían consecuencias devastadoras para el niño.

²⁷ STEDH (Gan Sala), Caso Paradiso and Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017, Solicitud n ° 25358/12

Los demandantes pidieron que el niño fuera acogido por ellos, con vistas a adoptarlo si fuera necesario. Sin embargo, el Tribunal de Menores de Campobasso ordenó que se retirara el niño de su custodia y que se pusiera al cuidado de los servicios sociales.

Se llega a la conclusión de que el menor no es hijo biológico de Donatina Paradiso, ni, dada la evidencia del informe pericial, de Giovanni Campanelli. Siendo la única certeza en la actualidad la identidad de la mujer que dio a luz al bebé. Los padres biológicos del niño, es decir, el hombre y la mujer que proporcionaron los gametos, siguen siendo desconocidos. A la luz de estas pruebas, se dictamina por la Autoridad Italiana que el presente caso no puede considerarse como un caso de la denominada gestación subrogada, que es el caso en el que la madre subrogada que da a luz al bebé no tiene ningún vínculo genético con él, al haberse producido la fecundación con el óvulo o los óvulos de una tercera mujer. En efecto, para poder hablar de maternidad subrogada gestacional o tradicional (en esta última, la madre subrogada pone a disposición sus propios óvulos) debe existir un vínculo biológico entre el niño y al menos uno de los dos progenitores previstos (en este caso concreto, el Sr. Campanelli y la Sra. Paradiso), vínculo biológico que, como se ha visto, es inexistente.

En opinión del tribunal, los demandantes actuaron ilegalmente al traer a un bebé a Italia, haciéndolo pasar por su propio hijo, en flagrante violación de las disposiciones de la legislación italiana que regula la adopción internacional de niños. Por ello, el tribunal consideró necesario, ante todo, poner fin a esta situación ilegal. El Tribunal considera que mantener esta situación ilícita supondría el equivalente a ratificar una conducta que viola las disposiciones legales. En consecuencia, consideró necesario separar al menor del Sr. Campanelli y de la Sra. Paradiso y colocarlo en una estructura adecuada con el fin de identificar una pareja adecuada para acoger al niño lo antes posible. La legislación italiana determina que el niño se encuentra en Italia en estado de abandono, al haber sido privado de sus padres biológicos y otros familiares, y haber renunciado a él la madre que lo dio a luz.

El tribunal consideró que no se puede negar que el niño sufrirá con toda probabilidad un daño al ser separado de los padres intencionales. Sin embargo, teniendo en cuenta la edad del niño y el poco tiempo que ha pasado con ellos, el tribunal declaró que el trauma causado por la separación no sería irreparable.

Los demandantes presentaron un recurso ante el Tribunal de Apelación de Campobasso. Alegaron que los tribunales italianos no podían impugnar el certificado de nacimiento ruso. Solicitaron que no se adoptaran medidas en relación con el niño mientras estuvieran pendientes el procedimiento penal contra ellos y el procedimiento de impugnación de la negativa a inscribir el certificado de nacimiento en el registro civil italiano. Sin embargo, nuevamente, el Tribunal de Apelación de Campobasso desestimó el recurso.

Años más tarde, el niño fue entregado a una familia con vistas a su adopción. Los demandantes alegaron entonces que las medidas adoptadas por las autoridades italianas con respecto al niño, que dieron lugar al traslado definitivo de éste, habían vulnerado su derecho al respeto de la vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8 del Convenio.

-La valoración del Tribunal Europeo de Derecho Humanos-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala en primer lugar que el niño nació de un embrión obtenido de una donación de óvulos y de una donación de esperma proporcionada por donantes desconocidos, y fue concebido en Rusia por una mujer que renunció a sus derechos como madre. Por tanto, no existía ningún vínculo biológico entre los demandantes y el niño. Aunque las autoridades rusas expidieron un certificado de nacimiento en el que constaba que eran los padres según la legislación rusa, el origen genético del niño sigue siendo desconocido. Por tanto, los demandantes actuando al margen de cualquier procedimiento normal de adopción, trajeron a Italia desde el extranjero a un niño que no tenía ningún vínculo biológico con ninguno de los dos progenitores, y que había sido concebido mediante técnicas de reproducción asistida que eran ilegales según la legislación italiana.

El TEDH señala que en los asuntos *Mennesson c. Francia* (n ° 65192/11, TEDH 2014) y *Labassee c. Francia* (n ° 65941/11, 26 de junio de 2014), la existencia de un vínculo biológico entre el padre y los hijos estaba probada y las autoridades francesas nunca habían previsto separar a los niños de los padres. La cuestión central de estos asuntos era la negativa a inscribir los datos de un certificado de nacimiento redactado en el extranjero en cumplimiento indiscutible de la legislación del país de origen, así como el derecho de los niños a obtener el reconocimiento de la relación jurídica entre padre e hijo.

A diferencia de los casos *Mennesson* y *Labassee*, la presente reclamación en virtud del artículo 8 no se refiere a la inscripción de un certificado de nacimiento extranjero y al reconocimiento de la relación legal padre hijo respecto a un niño nacido de un acuerdo de gestación subrogada. Lo que se discute en el presente caso son las medidas adoptadas por las autoridades italianas que dieron lugar a la separación, con carácter permanente, del niño y los demandantes. En efecto, los tribunales nacionales declararon que el caso no se trataba de un acuerdo de maternidad subrogada "tradicional", dado que no se había utilizado el material biológico de las demandantes. Hicieron hincapié en el incumplimiento del procedimiento establecido por la legislación en materia de adopción internacional y en la infracción de la prohibición de utilizar gametos donados en el sentido del artículo 4 de la Ley de reproducción médicamente asistida.

Por lo tanto, las cuestiones jurídicas en el centro del caso son: si, dadas las circunstancias descritas anteriormente, el artículo 8 es aplicable; en caso afirmativo, si las medidas urgentes ordenadas por el Tribunal de Menores, que dieron lugar a la retirada del niño, equivalen a una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y/o su vida privada en el sentido del artículo 8.1 del Convenio y, en caso afirmativo, si las medidas impugnadas se adoptaron de conformidad con el artículo 8.2 del Convenio.

Los demandantes pidieron al TEDH que reconociera la existencia de una vida familiar, a pesar de la falta de un vínculo biológico con el niño y del no reconocimiento de una relación paterno filial bajo la ley italiana. El TEDH señaló que las disposiciones del artículo 8 no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. El derecho al respeto de la "vida familiar" no salvaguarda el mero deseo de fundar una familia. El Tribunal observa que los demandantes tenían una verdadera intención de convertirse en padres, inicialmente mediante intentos de concebir a través de la fecundación in vitro, luego solicitando y obteniendo la aprobación formal para adoptar y, por último, recurriendo a la donación de óvulos y al uso de una madre de alquiler.

A la luz de estas consideraciones, el TEDH concluye que los hechos del caso están comprendidos en el ámbito de la vida privada de los demandantes. Determina que no existía vida familiar entre los demandantes y el niño. Sin embargo, considera que las medidas impugnadas se referían a la vida privada de los demandantes y de ello se desprende que el artículo 8 del Convenio es aplicable en este apartado.

El Tribunal considera que las medidas adoptadas con respecto al niño (traslado, colocación en un hogar sin contacto con los demandantes, puesta bajo tutela) equivalen a una injerencia en la vida privada de los demandantes. Dicha injerencia infringe el artículo 8 del Convenio, a menos que pueda justificarse, en virtud del apartado 2 del artículo 8, por ser "conforme a la ley", por perseguir uno o varios de los objetivos legítimos allí enumerados y por ser "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar el objetivo o los objetivos en cuestión. El Tribunal de Justicia debe examinar si estos motivos son pertinentes y suficientes y si los tribunales nacionales lograron un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en conflicto. Para ello, debe determinar en primer lugar la amplitud del margen de apreciación que debe concederse al Estado en este ámbito.

El Tribunal observa que los hechos del caso tocan cuestiones éticamente sensibles (la adopción, la toma de un niño en custodia, la reproducción médicamente asistida y la maternidad subrogada) en las que los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación. Por lo que se refiere a las razones alegadas por las autoridades internas, el Tribunal observa que éstas se basaron, en particular, en dos líneas de argumentación: tuvieron en cuenta, en primer lugar, la ilegalidad del comportamiento de los demandantes y, en segundo lugar, la urgencia de adoptar medidas con respecto al niño, al que consideraron que se encontraba "en estado de abandono" en el sentido del artículo 8 de la Ley de Adopción.

El TEDH no duda de que las razones aducidas por los tribunales nacionales son pertinentes. Están directamente relacionadas con el objetivo legítimo de prevenir los desórdenes, y también con el de proteger a los niños (no sólo al niño del presente caso, sino también a los niños en general) teniendo en cuenta la prerrogativa del Estado de establecer la descendencia a través de la adopción y a través de la prohibición de ciertas técnicas de reproducción médicamente asistida.

En cuanto a la cuestión de si las razones dadas por los tribunales nacionales eran también suficientes, la Gran Sala considera que los hechos del caso no entran en el ámbito de la vida familiar sino sólo en el de la vida privada. Así, el caso no debe examinarse desde la perspectiva de la preservación de la unidad familiar, sino desde el ángulo del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada, teniendo en cuenta que lo que estaba en juego era su derecho al desarrollo personal a través de su relación con el niño.

En las circunstancias particulares del caso, el TEDH considera que las razones dadas por los tribunales nacionales, que se concentraron en la situación del niño y en la ilegalidad de la conducta de los demandantes, fueron suficientes.

En conclusión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no subestima el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño debe haber tenido en la vida privada de los demandantes. Aunque el Convenio no reconoce un derecho a ser padre, el Tribunal no puede ignorar las dificultades emocionales que sufren aquellos cuyo deseo de ser padres no se ha cumplido o no puede cumplirse. Sin embargo, los intereses públicos en juego tienen un gran peso en la balanza, mientras que el interés de los demandantes en su desarrollo personal al continuar su relación con el niño tiene un peso comparativamente menor. Aceptar que el niño permanezca con los demandantes, eventualmente con vistas a convertirse en sus padres adoptivos, habría equivalido a legalizar la situación creada por ellos en contra de importantes normas del Derecho italiano.

El Tribunal de Justicia admite que los tribunales italianos, tras apreciar que el niño no sufriría un perjuicio grave o irreparable a causa de la separación, lograron un justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego, manteniéndose dentro del amplio margen de apreciación de que disponen en el presente caso. De ello se desprende que no ha habido violación del artículo 8 del convenio. Por tanto, el TEDH considera que no hubo violación del derecho respecto a la vida familiar, considerando que no existe una verdadera “vida familiar”, si tenemos en cuenta que no existe vínculo biológico entre el niño y los padres intencionales, así como el hecho de que la relación entre los demandantes y el niño fue de escasa duración.

El TEDH, por otro lado, sí considera que se incide sobre el derecho a la vida privada de los demandantes, no obstante, dictamina que dicha injerencia es legítima debido a que obedece de igual modo a salvaguardar una finalidad legítima del Estado (como es el hecho de reafirmar que las autoridades italianas tienen competencia exclusiva para reconocer la existencia de relaciones paterno filiales, concretamente, cuando se dé relación biológica o de adopción legal, con el objetivo de proteger a los niños). Afirma, además, que los Tribunales italianos han realizado una justa ponderación entre los diferentes intereses en juego, que entra dentro del margen de apreciación de cada Estado,

al observar que la separación del niño de los padres intencionales no ha provocado daños graves o irreparables al menor²⁸.

2.5 STEDH DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2019 (CASO PETITHORY LANZMANN CONTRA FRANCIA)

La demandante, la Sra. Dominique Petithory Lanzmann, es una ciudadana francesa residente en París. Los hechos del caso, tal como los expone la demandante, pueden resumirse como sigue²⁹.

El único hijo de la demandante, F., falleció en 2017 a la edad de veintitrés años como consecuencia de un tumor canceroso. Desde que se anunció su enfermedad, había expresado a sus familiares y a los médicos, su deseo de ser padre y de tener descendencia, incluso en caso de fallecimiento. Depositó gametos en el Centro de Estudio y Conservación de Óvulos y Espermatozoides Humanos (CECOS) del Hospital de París. También se había puesto en contacto con un centro de Suiza para depositar allí los gametos y había considerado otros depósitos en el extranjero, en particular en Bruselas, Valencia o Barcelona. Estos pasos no pudieron materializarse a causa de la enfermedad.

Sucede que, en el año 2017, el presidente del CECOS se niega a remitir a la Agencia de Biomedicina la solicitud de la demandante para el traslado de los gametos de su hijo a un establecimiento sanitario de Israel.

²⁸ I. (2017, 12 agosto). *El TEDH pone fin al conocido caso Paradiso y Campanelli vs. Italia, considerando que la decisión de las autoridades italianas de poner a cargo de los servicios sociales y de dar en adopción a un niño nacido en Rusia mediante útero de alquiler no vulnera el art. 8 del Convenio de Roma*. IDIBE. <https://idibe.org/noticias-legales/el-tedh-pone-fin-al-conocido-caso-paradiso-y-campanelli-vs-italia-considerando-que-la-decision-de-las-autoridades-italianas-de-poner-a-cargo-de-los-servicios-sociales-y-de-dar-en-adopcion-a-un-nino/>

²⁹ Dictamen de TEDH de 12 de noviembre de 2019, caso Petithory Lanzmann contra Francia, Demanda núm. 23038/2019

La demandante presentó una solicitud de medidas cautelares ante el Tribunal Administrativo de París, y pidió al juez que adoptara todas las medidas adecuadas para permitir la exportación de los gametos de su hijo a un establecimiento sanitario israelí válidamente autorizado para llevar a cabo la reproducción médicamente asistida (en adelante, MAP). Argumentó que la negativa violaba el artículo 8 del Convenio, privándola del derecho a ejercer la vida privada y familiar a la que normalmente tendría derecho al convertirse en abuela y a garantizar el respeto a los deseos de su hijo.

Mediante Auto, el juez del juicio sumario desestimó la petición. Sostuvo, en primer lugar, que la prohibición establecida en El Código de la Salud Pública de utilizar los gametos de una persona después de su muerte para realizar una inseminación no era incompatible con el artículo 8 del Convenio. A este respecto, consideró que dicha prohibición entraba dentro del margen de apreciación de que dispone cada Estado para la aplicación del Convenio. Así, la prohibición de exportar gametos, si están destinados a ser utilizados en el extranjero para fines prohibidos en el territorio nacional, tenía por objeto evitar cualquier elusión de la legislación nacional.

El juez consideró que la negativa a exportar los gametos del hijo fallecido de la demandante no constituía una injerencia grave y manifiestamente ilegal en una libertad fundamental. Sostuvo que aunque el hijo del demandante había expresado regularmente su deseo de ser padre, los documentos del expediente no habían demostrado, en primer lugar, que estuviera involucrado en un proyecto parental específico, en segundo lugar, que hubiera expresado el deseo de que sus gametos se utilizaran para la inseminación artificial después de su muerte, en particular mediante un procedimiento de maternidad subrogada, y, en tercer lugar, que hubiera autorizado a su madre a utilizar sus gametos con este fin. El juez añadió que la decisión impugnada por la que se privaba a la demandante de la posibilidad de ser abuela no suponía, a la luz de los intereses legítimos subyacentes a la legislación francesa, una injerencia excesiva en su derecho al respeto de su vida privada y familiar.

La demandante recurrió el Auto ante el Consejo de Estado. Argumentó que la legislación israelí permitía la reproducción médicamente asistida después de la muerte de un donante, incluso a petición de los padres del donante. Mediante Auto el Consejo de Estado desestimó su demanda, reiterando las razones del juez de primera instancia, añadiendo que el material del expediente no había demostrado que la inseminación artificial pudiera realizarse en Israel a petición de la demandante.

Invocando el artículo 8 del Convenio, la demandante se lamentaba de la imposibilidad de disponer de los gametos de su hijo fallecido con el fin de llevar a cabo, de acuerdo con su última voluntad, una operación de reproducción asistida mediante una donación a una pareja estéril o una maternidad subrogada, procedimientos que estarían autorizados en Israel y en los Estados Unidos en particular. La demandante alegó que la negativa a transferir los gametos de su hijo fallecido era contraria al artículo 8 del Convenio.

- Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-

El TEDH observa que la reclamación de la demandante se refiere a la imposibilidad de exportar los gametos de su hijo fallecido y de hacer que se realice una inseminación post mortem, de acuerdo con los deseos expresados por éste, en un Estado que lo permita, con el fin de perpetuar la memoria de la familia. El Tribunal considera oportuno dividir la reclamación de la demandante en dos partes, según la haga como víctima indirecta de una violación del artículo 8 del Convenio en nombre de su hijo fallecido o como víctima directa privada de descendencia.

Por lo que respecta a la primera parte de la demanda, el TEDH se remite a su planteamiento sobre las víctimas directas e indirectas, resumido en la sentencia del Centro de Recursos Jurídicos en nombre de Valentin Câmpeanu c. Rumanía, (n ° 47848/08 TEDH 2014). Aplicando esto último, consideró que los derechos reclamados por la demandante se referían a los derechos de su hijo fallecido. El destino de los gametos depositados por un individuo y la cuestión del respeto de su voluntad de que se apliquen después de su muerte se refieren al derecho de un individuo a decidir de qué manera y en qué momento desea ser padre o madre, lo que entra en la categoría de los derechos intransferibles. En consecuencia, la demandante no puede alegar ser víctima de una violación del artículo 8 en nombre de su hijo fallecido. Esta parte de su reclamación es incompatible con las disposiciones del Convenio y debe ser rechazada en virtud del artículo 35. 3 (a) y 4 del Convenio.

Por lo que respecta a la segunda parte de la reclamación, el Tribunal de Justicia plantea si la denegación controvertida se refiere a la vida "privada" o "familiar" del demandante. El Tribunal de Justicia reitera que, si bien la noción de vida privada, así como la de vida familiar, abarca el derecho a que se respete la decisión de ser padres en

sentido genético y el derecho de las parejas a recurrir al MAP, el artículo 8 del Convenio no garantiza el derecho a fundar una familia.

Dispone el TEDH que los tribunales nacionales consideraron, en primer lugar, que la prohibición legal de la procreación post mortem era conforme al Convenio y, en segundo lugar, que la negativa a exportar los gametos del hijo fallecido de la demandante no vulneraba su vida privada y familiar. En particular, el juez de medidas cautelares señaló que las pruebas del expediente no demostraban que F. hubiera autorizado a su madre a utilizar sus gametos para la inseminación post mortem. Asimismo, consideró que la imposibilidad de la demandante de ser abuela no vulneraba los derechos que le confiere el artículo 8 del Convenio. En otras palabras, el tribunal nacional consideró que la imposibilidad de acceder al deseo de su hijo fallecido de perpetuarse teniendo un hijo no vulneraba el derecho de la demandante al respeto de la vida privada y familiar. El TEDH no pretende apartarse de esta posición.

El artículo 8 no incluye el derecho a fundar una familia y no puede, según la jurisprudencia del Tribunal, abarcar el derecho a la descendencia de los abuelos. En consecuencia, esta parte de la reclamación debe ser rechazada por ser incompatible con las disposiciones del Convenio, de conformidad con el artículo 35. 3 (a) y 4 del Convenio. Por estas razones, el TEDH, por unanimidad declara la inadmisibilidad del recurso.

4. DERECHO COMPARADO

España es uno de los países con la legislación más permisiva en materia de técnicas de reproducción humana asistida. La ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, supuso un gran avance a nivel técnico y científico respecto del resto de legislaciones de los Estados de nuestro entorno. Esta ley sigue siendo un referente, no solo por las técnicas que se regulan, sino también por los destinatarios de las mismas. El límite a estas técnicas de reproducción humana asistida encuentra uno de sus límites legales en la gestación por sustitución, ilegal hoy en día en España³⁰.

³⁰ INSTITUTO BERNABEU. (2021, 10 junio). *Legislación española de reproducción asistida*. Instituto Bernabeu – Clínicas de reproducción asistida. <https://www.institutobernabeu.com/es/legislacion-espanola-de-reproduccion-asistida/>

En el año 2016 se debatió en la Asamblea de Madrid una propuesta no de ley instando a que el Gobierno de la Comunidad de Madrid, a su vez, instara a que el Gobierno de la Nación impulsara una Ley de regulación de la Gestación por sustitución en la cual se garantizaran los derechos de todas las personas que intervinieran en este procedimiento y, especialmente, a los niños nacidos por medio de esta técnica de reproducción humana. Sin embargo, la iniciativa no salió adelante. Contó con los votos favorables del PP y Ciudadanos, recibiendo el voto en contra por parte del PSOE y Podemos³¹.

4.1 REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EUROPA

En la Unión Europea no hay un consenso en torno a la regulación de la maternidad subrogada. Mientras que algunos Estados miembros la prohíben, otros se muestran en cierto modo tolerantes; ahora bien, no existen muchos Estados con legislación específica que autorice la gestación por sustitución. En los Estados europeos donde se permite la maternidad subrogada se establece como única posibilidad el carácter altruista de esta, no pudiéndose proceder a ella cuando se produzca beneficio económico. Todo ello provoca una grave confusión jurídica a nivel internacional.

Por el momento, no se ha producido en Bruselas la elaboración de una normativa comunitaria que posibilite el reconocimiento dentro de la Unión Europea de los acuerdos de gestación por sustitución. Fue elaborado por la Eurocámara un estudio comparativo de las diferentes regulaciones presentes en cada uno de los Estados miembros. La conclusión de este informe fue que no existe ninguna tendencia clara en la UE, si bien parece haber un consenso respecto de la necesidad de que los menores dispongan de unos padres legales y una situación jurídica definida. Dicho informe no ha impulsado la elaboración de ninguna iniciativa en concreto.

En una resolución de 2015 el Parlamento Europeo pidió la prohibición de la gestación por subrogación. De hecho, la Eurocámara condenó la práctica de la gestación por sustitución, considerando que dicha práctica explota las funciones reproductivas y el cuerpo de la mujer con fines de naturaleza económica o de otro tipo, señalando la

³¹ AYALA, M. M. (2018). *La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6938154> (pág.8).

vulnerabilidad de las mujeres en países en vías de desarrollo. Posteriormente, en el año 2016 se produce una nueva resolución en la que el Parlamento centra su desacuerdo en la gestación por sustitución forzosa, al constituir esta una violación de los derechos de la mujer y del menor.

La gestación por sustitución ya sea en su vertiente altruista o comercial está prohibida en varios países miembros de la Unión Europea, este es el caso de Francia, Alemania, Austria, Italia y España. En otros Estados de la UE, no hay legislación específica al respecto y, sin embargo, en la práctica se tolera. Es el caso de Bélgica, Holanda, Irlanda o Dinamarca.

Muy pocos son los Estados miembros de la Unión Europea que mediante legislación específica autorizan la gestación por sustitución de carácter altruista. Es el caso de Reino Unido, Grecia y Portugal. A esta lista se ha incorporado en último lugar Portugal gracias a la aprobación de su ley en el 2016, la cual solo permite el acceso a estas técnicas de reproducción humana a parejas que sean heterosexuales en las cuales la mujer sea estéril³².

4.1.1 La gestación subrogada en Italia

Es de relevancia la sentencia de 8 de mayo de 2019 dictada por la Corte di Cassazione en Italia en relación con un caso de maternidad subrogada. Se produce que dos varones de nacionalidad italiana acuden a Ontario y formalizan allí un contrato de gestación por sustitución por el cual una mujer acuerda gestar al menor, que es hijo biológico de uno de ellos. El recién nacido fue inscrito en el Registro Civil de Ontario como hijo de ambos varones, solicitando posteriormente que de igual forma constara en el Registro Civil italiano. La sentencia dictada por la Corte di Cassazione se posicionó en contra.

La Alta Corte refiere los siguientes argumentos. Dispone que no se puede producir el reconocimiento de la filiación del menor nacido por medio de gestación por sustitución

³² SANHERMELANDO, J. (2018, 30 agosto). *Así regulan la gestación subrogada los países de la UE*. El Español. https://www.elspanol.com/mundo/europa/20180830/regulan-gestacion-subrogada-paises-ue/333967656_0.html

respecto del padre comitente que no esté unido biológicamente al niño. Todo ello debido a que se produciría la vulneración del orden público internacional italiano al producir un perjuicio a la dignidad humana de la gestante. El Tribunal entiende que la prohibición de la maternidad subrogada da lugar a la ausencia de reconocimiento de la filiación. Ahora bien, esta sentencia de la Corte de Cassazione entra en conflicto con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la interpretación del art. 8 del Convenio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de acuerdo en base a lo dispuesto en el art. 8.1 CEDH, establece que el menor tiene derecho a que sea reconocida en el Estado de destino la filiación que previamente fue determina en el Estado de origen. Todo ello con el fin de otorgar protección al derecho a la identidad del que dispone el menor. El ligamen biológico que une a uno de los padres comitentes con el niño resulta suficiente para que se produzca el reconocimiento de su filiación en dicho Estado.

Si el padre comitente no está unido por vínculo biológico con el menor, de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Estado de destino debe tratar de implementar una manera eficaz y veloz de reconocer la filiación del niño, bien transcribiendo la sentencia extranjera en la cual se reconoce la filiación o bien por medio de un proceso de adopción³³.

4.1.2 La gestación subrogada en Francia

En Francia la gestación por sustitución se considera ilegal. El Código Civil Francés declara la nulo cualquier contrato de maternidad subrogada en su art. 16-7; que

³³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2019, 16 mayo). *Gestación por sustitución transfronteriza y la sentencia de la Corte di Cassazione de 8 mayo 2019: el hilo de Ariadna nos salvará*./. ACCURSIO DIP-BLOG. <http://accursio.com/blog/?p=891>

considera nulo de pleno derecho el acuerdo por el que se convenga la gestación por cuenta de otra persona³⁴.

El Código Penal francés en su art. 227-13 establece que “*la sustitución voluntaria, la simulación o el engaño que hayan causado un atentado al estado civil de un niño serán castigados con tres años de prisión y multa de 45.000 euros. La tentativa será castigada con las mismas penas*”³⁵.

La gestación por sustitución, por tanto, es punible por ley. Ello es debido a que en Francia rige el principio de “*mater Semper certa est*” y, desde el punto de vista del derecho francés, se estaría ocultando un parto (el llevado a cabo por la gestante) con el objetivo de fingir otro (que sería el de la madre comitente), lo cual supone un delito. También se prevé en el art. 227-12 incurrir en un delito al ejercer de intermediario entre los padres intencionales y la mujer gestante. La disposición alcanza tanto a particulares, como a agencias o clínicas especializadas. Además, se agrava la condena si se demuestra el carácter lucrativo o la habitualidad del contrato de gestación realizado.

La Ley de bioética de 1994 del Estado francés refuerza la negativa respaldando la jurisprudencia del Tribunal de Casación de 1991, instancia máxima de Francia. La ley establece que el contrato de gestación por sustitución (ya sea con carácter gratuito) por el cual una mujer se comprometa a gestar a un menor para que al momento de producirse su nacimiento el recién nacido sea entregado a los padres comitentes, contradice el principio de orden público que impide disponer del cuerpo humano³⁶.

³⁴ VALDÉS BLANQUED, J., & FELDMAN, F. (2014). *código civil, en su redacción vigente a 1 de julio de 2013*. Obtenido de <https://cursoshistoriavdemexico.files.wordpress.com/2018/09/cc3b3digo-civil-francc3a9s.pdf>

³⁵ ARZAMENDI, P. D. (2005, 10 diciembre). Código Penal. *Sección IV: De los atentados contra la filiación*. Obtenido de <http://www.migliorisiabogados.com/wp-content/uploads/2012/10/codigo-penal-de-francia.pdf> (pág. 65)

³⁶ ÁLVAREZ, N. (2019, 30 agosto). *Gestación subrogada en Francia: ¿Qué restricciones impone la ley?* Babygest. <https://babygest.com/es/francia/>

4.1.3 Gestación subrogada en Portugal

Portugal es uno de los Estados miembros de la Unión Europea que admite la gestación por sustitución, estableciendo no obstante ciertos requisitos. La ley 25/2016, de 22 de agosto, regula la gestación subrogada estableciendo los presupuestos para proceder a la misma.

Definen la gestación por sustitución como la práctica por la cual una mujer se obliga gestar por cuenta ajena a un niño, el cual deberá ser entregado tras el parto a los padres intencionales, renunciando ella a los derechos y deberes que le correspondieran. Esta práctica solo está permitida cuando se proceda a ella excepcionalmente y siempre que sea de carácter gratuito. Se prevé para los casos en los que una ausencia de útero, una lesión o una enfermedad en el mismo impidan la posibilidad de embarazo de forma absoluta y definitiva; o, en aquellas situaciones clínicas que así lo justifiquen. Se exige que, al menos, uno de los comitentes aporte sus propios gametos.

La legislación en Portugal prevé la gestación por sustitución como medida excepcional de carácter terapéutico. Se permite su uso para tratar de poner remedio a la situación de muchas mujeres ante la imposibilidad de concebir (atendiendo a esta definición, excluye como posibles beneficiarios de esta técnica a parejas homosexuales conformada por dos varones). Se dispone que la gestación subrogada debe ser gratuita. Los padres intencionales no podrán entregar ningún tipo de compensación económica a la gestante, si bien si se permite que éstos paguen los gastos médicos, incluyendo gastos de transporte (todo ello debe acreditarse). Se prohíbe, además, cualquier contrato de gestación por sustitución cuando exista una relación de dependencia de carácter económico, ya sea en relación con el ámbito laboral o de prestación de servicios.

En el caso de cumplirse todas las previsiones legales, el menor nacido por medio de gestación por sustitución será considerado hijo de los padres intencionales. Por el contrario, todos aquellos contratos de maternidad subrogada que tengan carácter oneroso o que, no atiendan a los requisitos establecidos en la ley, serán considerados nulos y, se podrán imponer sanciones penales.

Sin embargo, algunos preceptos de esta nueva normativa han sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional de Portugal en sentencia de 24 de abril de 2018. Se declaró la inconstitucionalidad de una disposición que prevé la imposibilidad de la mujer gestante de revocar el consentimiento que inicialmente prestó; cuando debiera tener la posibilidad de realizar tal revocación hasta el momento en el cual el menor debiera ser entregado, es decir, hasta producirse la finalización del contrato realizado. El Tribunal Constitucional declaró que se producía una vulneración en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, debiéndose interpretar junto al principio de dignidad de la persona y el derecho a fundar una unidad familiar.

Nuevamente, determinó la inconstitucionalidad de un precepto por el cual se establecía obligación de secreto absoluto respecto de la identidad de los donantes del material genético como respecto de la identidad de la gestante. Declara el Tribunal Constitucional que se ven restringidos los derechos a la identidad personal y al desarrollo de la personalidad de los menores nacidos por medio de estas técnicas de reproducción humana asistida³⁷.

³⁷ I. (2019, 4 diciembre). *Nueva Sentencia del Tribunal Constitucional portugués en materia de maternidad subrogada*. IDIBE. <https://idibe.org/noticias-legales/nueva-sentencia-del-tribunal-constitucional-portugues-materia-maternidad-subrogada/>

CONCLUSIONES

La gestación por sustitución efectivamente plantea graves inconvenientes u obstáculos para la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea y por ende para España. Gan parte de los Estados miembros abordan el problema de la gestación por sustitución declarando su nulidad. Se trata de una práctica que engloba graves dilemas éticos, morales y que en ocasiones puede suponer la desprotección de determinados derechos propios de la mujer gestante o del menor.

No resulta sencillo abordar esta cuestión, no solo por razones éticas, sino porque entran en conflicto varios derechos en el marco del orden público internacional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias sentencias sobre la gestación por sustitución confrontando diversos derechos (como es el derecho al respeto a la vida privada, el derecho al respeto a la vida familiar, así como el interés superior del menor, el derecho a la identidad única...); y, actualmente, la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece ser la solución más próxima para crear cierto consenso a nivel internacional o abrir vías de debate.

Muestra de las sentencias emitidas por el TEDH en los últimos años, es la necesidad por parte de los Estados miembros de elaborar una legislación específica al respecto. Es necesaria una regulación al respecto, no solamente para salvaguardar los derechos y el bienestar de los menores así concebidos, sino porque la actual normativa resulta incapaz de solventar un problema que en los últimos años se ha incrementado. El hecho de que se prohíba la maternidad subrogada no está impidiendo el que un gran número de personas acudan a estas prácticas; produciéndose el posterior conflicto una vez el menor llega al Estados de destino, cuando no es factible proceder al reconocimiento de la filiación que ya fue reconocida por un Estado extranjero, ocasionando años de litigios durante los cuales el menor está en una situación jurídica inestable.

Se requiere una legislación que proteja a los menores nacidos por medio de gestación subrogada. Abordar otros aspectos igualmente importantes como los derechos de la mujer gestante para tratar así de evitar la comercialización o la instrumentalización del cuerpo de las mujeres en países en vías de desarrollo; por el contrario, resultaría importante realizar un debate jurídico sobre la permisión de ciertas formas de gestación por sustitución cuando éstas se prevean con carácter gratuito y casusa médica.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT, M. (2017). LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES Y EL MITO DE LA SUBROGACIÓN ALTRUISTA: UNA MIRADA GLOBAL AL FENÓMENO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII(núm. 2, mayo-agosto, 2017, pp. 177–197).

AYALA, M. M. (2018). *La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6938154>

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2019, 16 mayo). *Gestación por sustitución transfronteriza y la sentencia de la Corte di Cassazione de 8 mayo 2019: el hilo de Ariadna nos salvará*. /. ACCURSIO DIP-BLOG. <http://accursio.com/blog/?p=891>

ENCABO, S. O. (2015, 20 enero). *La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial?. A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014 / Olarte Encabo / Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Revista de Derecho de la Seguridad Social. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/24/25>

FARNÓS AMORÓS, E., & BENAVENTE MOREDA, P. (2015). Treinta años de reproducción asistida en España Recurso electrónico una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. *Dialnet*, ISSN: 1989–4767, 177–180.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020). *GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ESPAÑÓLES ATRAPADOS EN UCRANIA*. REVISTA DE DERECHO UNED NÚM. 26. <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/29170/22472>

GARCÍA ALGUACIL, M. J. (2016). ¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares? *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2016 parte Doctrina.

GARCÍA AMEZ, J., & MARTÍN AYALA, M. (2017). *Turismo reproductivo y maternidad subrogada*. Dialnet.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334695>

GODOY, O. M. (2018). La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. *Dialnet*, N° 34(ISSN 0213-988X).

HIERRO HIERRO, F. J. (2016). Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social. *Revista Española de Derecho del Trabajo num. 190/2016 parte Estudios., Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor*.

LAMM, E. (2012). *Gestación por sustitución: Realidad y Derecho*. Dialnet.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926>

PONTE GARCÍA, V. (2019–2020). *Gestación subrogada y diversas cuestiones: Incidencia del TEDH y justificación de las distintas formas de proceder a la inscripción de la filiación*. (TFM).

PONTE GRACÍA, V. (2019–2020). *Gestación subrogada: El impacto de las STEDH desde 2013 a 2019 en el ordenamiento jurídico español*. (TFM).

ROMERO, M. D. R. D. (2010). La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. *Dialnet*.

SÁNCHEZ ARISTI, R. (2010, abril). LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DILEMAS ÉTICOS Y JURÍDICOS. *HUMANITAS HUMANIDADES MÉDICAS*, N° 49 (ISSN:1886-1601).

SANHERMELANDO, J. (2018, 30 agosto). *Así regulan la gestación subrogada los países de la UE*. El Español.
https://www.elespanol.com/mundo/europa/20180830/regulan-gestacion-subrogada-paises-ue/333967656_0.html

